

ما شاء الله لا قوة الا بالله

(الجزء الثامن)

من نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار
لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي
زاده أفندي قاضي عسكري روملي وهي
تكملة لفتح القدير للمحقق الكمال بن
الهام على شرح الهداية
رحمهم الله تعالى آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابر في
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى
جلبي وبسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

وتبينه قد جعلنا الهداية والتكملة في الصلب الاول في صدر الصيغة وبلية
الثاني مقصود ولا يثبت ما يجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي
الاول في صدر الهامش وبلية الثاني فليعلم

(محل بيعه مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بحوار المسجد الحسيني بمصر)

﴿ الطبعة الأولى ﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٨

هجريه

(بالقسم الثاني)

كتاب القسمة

أورد القسمة عقيب
الشفعة لان كلامهما
من نتائج النصيب الشائع
فان أحد الشريرين اذا
أراد الافتراق مع بقاء
ملكه طلب القسمة ومع
عدمه باع ووجب عنده
الشفعة وقدم الشفعة لان
بقاها ما كان على ما كان
أصل وهي في اللغة اسم
للاقتسام كالقدوة للاقتداء
وفي الشريعة جمع النصيب
الشائع في مكان معين
وسببها طلب أحد الشركاء
الانتفاع بنصيبه على
الخلوص وركنها ما يحصل
به الافتراز والتبميز بين
النصيبين كالكيل في
المكبات والوزن في
المسوزونات والذرع في
المسذوعات والعدي في
المعدودات وشرطها أن
لا تفوت منفعتها بالقسمة
ولهذا لا يقسم الحائط والحمام
ونحوهما وهي مشروعة
في الاعيان المشتركة لان
النبي عليه الصلاة والسلام
بأشرفها في المغانم والموارث
وغير ذلك وجرى التوارث
بها من غير تكبير ثم هي
لا تعرى عن معنى المبادلة
سواء كانت في ذوات الامثال
أو في غير ذوات الامثال لان
ما يجتمع لاحدهما بعضه
كانه

كتاب القسمة

(قوله وقدم الشفعة الخ) أقول أو يقال قدم الشفعة لعمومها الشركة والحوار بخلاف القسمة (قوله لان بقاء بعضه ما كان على ما كان أصل) أقول يعني الشركة وأنت خير بان في القسمة أيضا بقاء الملك

ومن يتوكل على الله
فهو حسبه

(بسم الله الرحمن الرحيم)

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام بأشرفها في المغانم والموارث وجرى التوارث بها من غير تكبير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كانه

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلامهما من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة تأخذ الشريرين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب عنده الشفعة هذا زبدة ما في عامة الشروح وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك أولان القسمة نافية للشفعة فاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنبي يفتضى سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة والمتضادان يفتقران أبا مع تقدم المثلث على المنقضى كافي الامر والتمهي والنكاح والطلاق انتهى أقول فيه بحث لان كون القسمة نافية للشفعة فاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما يقتضي على أصل الشافعي فان لم يجوز الشفعة بالحوار واستدل عليه بالحديث المذكور وأما على أصل أئمتنا فلا لانهم جاوزوا الشفعة بالحوار أيضا واستدلوا عليه بالحديث أخرى وأجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بان آخر الحديث

وبعضه

أقول أو يقال قدم الشفعة لعمومها الشركة والحوار بخلاف القسمة (قوله لان بقاء بعضه ما كان على ما كان أصل) أقول يعني الشركة وأنت خير بان في القسمة أيضا بقاء الملك

وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترى بأه فاقسماه يبيع أحدهما نصيبه من ارجحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه من ارجحة بعد القسمة وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فعناه في الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحد ودور صرف الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكّل انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين علمه الصلابة والسلام هدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في أوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدرابة فبما معنى بناء وجه المناسبة ههنا على ما هو المزيف هناك ثم ان القول بأن النقي يقتضي سبق الثبوت يناه في ما تقرر في المعقولات من أن السلب لا يقتضي وجود الموضوع وان القول بان المتضادين يتعرفان أبدا مع تقدم مثبت على المنفي ممنوع ألا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة ونحن خالق ذلك كيف تقدم المنفي هناك على مثبت قال صاحب العناية وقد قدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل انتهى أقول فيه نظره وهو أنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث بقي فيها الشيوخ على حاله وان زال ملك أحد الشريرين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث بقي فيها ملك أحد الشريرين في البعض على حاله وان زال الشيوخ بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكرنا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان أحد الشريرين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب عنده الشفعة فكون بقاء ما كان على ما كان أصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للانقسام كالقسمة للاقتداء والاسوة لا لانتفاء وفي الشرع جع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب أحد الشريرين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدة في المعدودات وشرطها أن لا تفرق المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما ما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما ما نصيبه من ارجحة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمنزلة لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما كذا في العناية أقول هنا اشكال وهو انه قد علم بما ذكرنا في الكتاب والشروح أن القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال أو في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فبما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفد من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا بالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكيف يكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر أن البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمنزلة بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك أن أخذه هذا البعض افرازا لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما يأخذه كل واحد منهما

وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترى بأه فاقسماه يبيع أحدهما نصيبه من ارجحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه من ارجحة بعد القسمة

وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فعناه في الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحد ودور صرف الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكّل انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين علمه الصلابة والسلام هدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في أوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدرابة فبما معنى بناء وجه المناسبة ههنا على ما هو المزيف هناك ثم ان القول بأن النقي يقتضي سبق الثبوت يناه في ما تقرر في المعقولات من أن السلب لا يقتضي وجود الموضوع وان القول بان المتضادين يتعرفان أبدا مع تقدم مثبت على المنفي ممنوع ألا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة ونحن خالق ذلك كيف تقدم المنفي هناك على مثبت قال صاحب العناية وقد قدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل انتهى أقول فيه نظره وهو أنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث بقي فيها الشيوخ على حاله وان زال ملك أحد الشريرين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث بقي فيها ملك أحد الشريرين في البعض على حاله وان زال الشيوخ بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكرنا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان أحد الشريرين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب عنده الشفعة فكون بقاء ما كان على ما كان أصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للانقسام كالقسمة للاقتداء والاسوة لا لانتفاء وفي الشرع جع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب أحد الشريرين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدة في المعدودات وشرطها أن لا تفرق المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما ما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما ما نصيبه من ارجحة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمنزلة لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما كذا في العناية أقول هنا اشكال وهو انه قد علم بما ذكرنا في الكتاب والشروح أن القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال أو في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فبما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفد من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا بالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكيف يكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر أن البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمنزلة بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك أن أخذه هذا البعض افرازا لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما يأخذه كل واحد منهما

في ذلك

الأنهم اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد

من عين حقه افراز بدون المبادلة وبالنظر الى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان
معنى الافراز والمبادلة فيه متساويين فن أبن ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما دعوه فاطبة بخلاف ما قالوا
في ذوات الامثال كالكيلات والموزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان أخذ كل واحد منهما
فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة وأخذ كل واحد منهما ما هو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين
حقه ليكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين وأخذ المثل بيقين يجعل كأخذ العين حكما كافي الفرض
فتحقق فيها معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر أيضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى
الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهري في غير ذوات الامثال بل معنى الافراز والمبادلة سيان فيه لكان
الامر هينا ولما قالوا معنى المبادلة ظاهري في غير ذوات الامثال أشكل ذلك كما ترى وذو صاحب النهاية
وجهها أبسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناقلا عن المعنى حيث قال ومعنى
المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المعنى وغيره فقال في المعنى وأما القسمة في غير
ذوات الامثال فشبها المبادلة فيها راجع لانهم افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه
أما الحقيقة فظاهر وأما الحكم فلان نصف ما يأخذه كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار
القيمة وأخذ المثل كأخذ العين حكما فكان افراز الا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس على لما ترك على
صاحبه بيقين لان المقسوم ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا ثبت المعادلة بيقين
فالافراز مع المبادلة استوي في الحكم ثم ترجعت المبادلة بالحقيقة الى هنا كلامه أقول لا يذهب عليك
ان الاشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لانه انما يبدل على تحقيق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه
كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقيق رجحان ذلك
في المقسوم كله كيف وما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الافراز محض لان معنى
الافراز ان يقبض عين حقه وأخذ كل واحد منهما ما نصيب نفسه قبض عين حقه لا غير والمعنى رجحان
المبادلة في القسمة الشاملة لجميع أجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور
بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك أن أخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب
نفسه افراز محض واذا كان أخذ كل واحد منهما ما نصيب صاحبه أخذ المثل لما ترك على صاحبه من حق
نفسه باعتبار القيمة وكان أخذ ذلك المثل كأخذ العين حكما فكان افراز كما صرح به في الوجه المذكور كان
معنى الافراز في ذلك ظاهرا راجعا لتحقيقه في جميع أجزاء المقسوم وتحقيق المبادلة في بعضها كتحقيقه
(قوله الا انهم اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان
والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما أجبر الابن على القسمة في غير ذوات
الامثال كذا في عامة الشروح أقول ههنا أيضا اشكال وهو انه ان أراد بقوله لأن فيه معنى الافراز أن فيه
معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء عين حقه فلا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ
يبقى الكلام - فينتد في الاجاز على أخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على
ما قالوا وان أراد بذلك أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه وبأخذه عوضا عما
ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو السلام لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافي ما تقدم من القول بان
معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقيق معنى الافراز فيه بالنظر الى النصيب الذي
بأخذه أحد الشركاء عين حقه وإذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر أيضا كان معنى

أجاب بقوله الا انهم اذا كانت
من جنس واحد أجبر
القاضي على القسمة عند
طلب أحد الشركاء لأن
فيه معنى الافراز لتقارب
المقاصد ولا منافاة بين
الجبر

فصار ما يؤدى بدلا عما في
نتمه وهذا جبر في المبادلة
قصدا وقد جاز فلان
يجوز بلا قصد اليه اولى
وهذا لان احدهم يطلب
القسمه يسأل القاضي أن
يخصه بالانتفاع بنصيبه
ويمنع الغير عن الانتفاع
عليه فيجب على القاضي
اجابته فكان القصد الى
الانتفاع بنصيبه على
الخلاص دون الاجبار
على غيره وان كانت من
أجناس مختلفة كالابل
والبقر والغنم لا يجبر
القاضي الا على قسمتها
لتعذر المعادلة باعتبار
خس التفاوت في المقاصد
ولو تراضوا على ذلك جاز
لان القسمه في مختلف
الجنس مبادلة كالخبرة
والراضى في التجارة شرط
بالنص قال (وينبغي
للقاضي أن ينصب قاسما)
كلامه واضح الامتناع
عليه (قوله لانه أرفق
بالناس وأبعد عن التهمة)
لانه متى وصل اليه
أجره على كل حال لا يعمل
بأخذ الرشوة الى البعض

(قال المصنف لانه أرفق
بالناس وأبعد عن التهمة)
أقول لعل المراد التهمة
الاخذ على ما هو من جنس
القضاء أجرا (قوله لانه
متى يصل اليه أجره
على كل حال الخ) أقول فيه
بحث (قوله لا يعمل بأخذ الرشوة) أقول أى لا يعمل لفقره

والمبادلة مما يجري فيه الجبر كافي قضاء الدين وهذا لان احدهم يطلب القسمه يسأل القاضي أن
يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع عليه فيجب على القاضي اجابته وان كانت أجناسا
مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار خس التفاوت في المقاصد ولو تراضوا
عليها جاز لان الحق لهم قال (وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما يزرقه من بيت المال ليقيم بين
الناس بغير أجر) لان القسمه من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبهه
ررزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغرم قال (فان لم
يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر) معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وبقدرا جبر
مثله كي لا يتحكم بالزيادة والافضل أن يزرقه من بيت المال لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة

الافراز فيه ظاهر اجدا فاني تصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل ثم أقول لو قال
المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن هذا الاشكال وكان
مناسبا للاحالة لقوله لتعذر المعادلة في تهليل عدم الاجبار على القسمه فيما اذا كانت أجناسا
مختلفة كما سيأتى تبصره (قوله والمبادلة مما يجري فيه الجبر كافي قضاء الدين) يعني انه
لا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها يجري فيها الجبر كافي قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء
الدين والادون تقضى بأمثاله على ما عرف فصار ما يؤدى المديون بدلا عما في ذمته أقول لقائل أن
يقول جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البدل مشل ما ثبت في ذمة المديون بهقين
وقد صرحوا بان أخذ مثل الحق يقين بمنزلة أخذ العين وعن هذا جعلوا أخذ المثل في القرض
كأخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان
ما يأخذه أحد الشر كاه فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن
منزلة أخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر في ذلك نشأ السؤال المقدر واحتج
الى الجواب الذي نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع
تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم) قال صاحب العناية في شرح
هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمه في مختلف الجنس مبادلة كالخبرة والراضى في
التجارة شرط بالنص انتهى أقول هذا الشر غير مطابق للشروح وليس يتام في نفسه لانه ان
أراد أن القسمه في مختلف الجنس مبادلة محضة كالخبرة فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن
القسمه مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال
ومعنى المبادلة هو الظاهر في غيرهما وان أراد أن المبادلة في قسمه مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم
لكن الامر كذلك في قسمه غير مختلف الجنس من غير ذوات الامثال مع أن التراضى ليس بشرط
فيه على أن كون التراضى شرطا في التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطا في قسمه مختلف
الجنس أيضا لان قسمه ليست في معنى التجارة من كل الوجوه اذا القسمه مطلقا لا تعرى عن معنى
الافراز البتة بخلاف التجارة فكيف تلحق احدهما بالآخرى والحق عندي أن معنى كلام المصنف
هنا هو أنهم لو تراضوا عليها جاز لان الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمه مختلف الاجناس
لخوف أن يبقى حق احدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار خس التفاوت في المقاصد واذا تراضوا
على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمه بلا ريب انظر الى هذا المعنى
الوجيه الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح (قوله معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم
على الخصوص) أقول قوله لان النفع لهم على الخصوص يتأق بحسب الظاهر قوله فيما مر أنفا
ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغرم فتأمل في التوفيق

بحث (قوله لا يعمل بأخذ الرشوة) أقول أى لا يعمل لفقره

و يجوز للقاضي أن يقسم بنفسه أو يأخذ على ذلك من المتقاهين أجزالكن الأولى أن لا يأخذ وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وإنما الذي يفترض عليه جبر الآتي على القسمة لأن لها شهراً بالقضاء من حيث أنها تستفاد بولاية القضاء فإن الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث أنهم ليست بقضاء جاز أخذ الاجر عليها ومن حيث أنها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ وقوله (عدلاً أمونا) ذكر الامانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة (قوله ولو اصطلموها فاقسموا) يعني لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقسموها بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كافي سائر المعامضات وقوله (كأجرة الكيل والوزان وحفر البئر المشتركة) يعني اذا استأجروا الكيل ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم (٦) فالأجرة على قدر الانصباء وكذلك الوزان والحافر (وقوله ان الاجر

مقابل بالتميز ولانه لا يتفاوت) تحقيقه أن القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود لانه لو استعان في ذلك بآرباب الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على أن الأجرة في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصباء ويزداد دقة بقله الانصباء فلعل تميز نصيب صاحب القليل أشق ويجوز أن يعسر عليه تميز نصيب صاحب الكثير لفسور وقعت فيه فتمتدرا اعتبار الكثرة والقلّة فيعلق الحكم بأصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله (وان لم يكن للقسمة) بان اشتريا مكبلاً أو موزوناً وأمر الناس بان يكيله ليصير الكل معلوم القدر (فالاجر

(ويجب أن يكون عدلاً أمونا عالمياً بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة (ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد) معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصطلموها فاقسموا) جاز اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى أمر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه (ولا يترك القسام يشتركون) كي لا تصير الأجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال (وأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أي حنيفة وقال على قدر الانصباء) لانه مؤنة الملك في تقدير قدره كأجرة الكيل والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولا يي حنيفة أن الاجر مقابل بالتميز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فتمتدرا اعتباره فيعلق الحكم بأصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزان ان كان للقسمة قل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع

(قوله ويجب أن يكون عدلاً أمونا عالمياً بالقسمة) قال تاج الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة انتهى واقتى أثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورد هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على شرح الوقاية فان صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلاً عالمياً قال ذلك البعض لم يقل عدلاً أمونا عالمياً كما وقع في الهداية لان الامانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الامانة كما وقع في الكفاية ليس بنام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اه أقول المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضي استدراك ذكر الامانة المراد منها ظهورها فان قلت فلم يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما يراد في الامانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية قلت ارادة ظهور العدالة من اغض العدالة خلاف الظاهر لان فهم من لفظها وحده بدون القرينة وأما ارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة في الكتاب فبقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الامانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلاً لحصل الغنى عن ذكر الامانة لكن مراده هو الشرح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لاني مجال افادة المعنى المقصود ههنا

بقدر الانصباء وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعني لو أطلق أبو حنيفة رحمه الله في الجواب وقال أجرة الكيل بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أو لا فالعذر في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد يعكس كما تقدم وقوله (ولا يفصل) تأكيدياً وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة (ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع)

(قال المصنف والكيل والوزن ان كان للقسمة فهو على الخلاف) أقول وهذا هو المناسب لتعلق الحكم بأصل التميز (قال المصنف وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) أقول والاطلاق غير مناسب لتعلق المذكور لأن يقال الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الأنواع المضبوطة والوزن والكيل كذلك فليست أملاً ولكن يمكن جعل التمييز حكماً كما لا يخفى

قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي الخ) اذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته فاما أن يكون عقار أو غيره فان كان عقارا فاما أن ادعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكنوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البيينة على موته وعدد ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال لا يقسمه باعترافهم) وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسمه بينهم على ما ذكره وان كان غير عقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما أن الامتناع عن القسمة اما أن يكون لشبهة في الملك أو لثمة في دعواه أو لما نزاع للمدعى في دعواه ولا شيء من ذلك بتحقيق لان السد دليل الملك والافرار أمانة الصدق والافرض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وطلب البيينة ليس بال لازم لانها لا تكون الا على منكر ولا منكر ههنا فلا تنفيذ الا أنه يذكرفي كتاب القسمة أي في الصل الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم (٧) لئلا يكون حكمه متعديا إلى غيرهم ولا إلى

حنيفة أن القسمة قضاء على الميت اذا تركه قبل القسمة بمقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصياه فيها وتقتضى دينه منها وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كانه أوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للوصي له فدل أن التركة بمقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار الورثة أو بينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البيينة وقوله وهو مفيد جواب عن قولهم ما فلا يفيد ذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بأن يجعل أحد الجاهرين مدعى أو لا آخر مدعى عليه فان قيل كل منهم مقرر بدعوى صاحبه والمقرر لا يصلح خصما للمدعى

قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البيينة على موته وعدد ورثته وقال صاحبها يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ماسوي العقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه وقسمه بينهم) لهما أن السد دليل الملك والافرار أمانة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وهذا لانه لا منكر ولا بيينة الا على المنكر فلا يفيد الا أنه يذكرفي كتاب القسمة أنه قسمها باقرارهم ليقصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمة قضاء على الميت اذا تركه بمقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصياه فيها وتقتضى دينه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالافرار ليس بحجة عليه فلا بد من البيينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمنع ذلك باقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين

بعبارة آخره مما وقع في الكتاب (قوله وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمنع ذلك باقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فانه تقبل البيينة عليه مع اقراره) قال بعض الفضلاء وأنت خير بانه لا أولوية لاحد الورثة بأن يكون مدعى أو لا آخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجعول بخلاف المقيس عليه اتعين المدعى والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى تقيموا البيينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعى ليحصل مقصودهم الى هنا كلامه أقول لا استشكله شيء ولا جوابه اما الاول فلان للقاضي ولاية التعيين في أمثال هذا المقام تحصيلا لمقصودهم فترفع الجهة بتعيينه وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة قال القاضي يسمع البيينة ويقسم الدار ويجعل أحدا الحاضرين مدعى أو لا آخر مدعى عليه على أن لكل واحد من الورثة الحاضرين صلحا لان يكون مدعى في دعوى حق نفسه على الآخر مدعى عليه في دعوى الآخر حقه عليه فكل منهم يصير مدعى أو مدعى عليه من حيثين مختلفتين وتطير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا تشوهم الجهة حينئذ أصلا وأما الثاني فلان مقتضاه أن توقف استماع القاضي البيينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم أحدهم على التعيين مدعى ولم يسمع ذلك من أحد ولم يرفى شيء من الكتب فانهم ان لم يعلموا معنى المدعى والمدعى عليه أصلا فلا عن أن يعلموا مثل هذه الدقيقة المعبرة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصما عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالاجماع بعد أن أقاموا

عليه أجب بقوله ولا يمنع ذلك أي كونه خصما بسبب اقراره بطوا اجتماع الافرار مع كونه خصما كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين (قوله وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة الخ) أقول سحبي المسئلة في كتاب الوصية (قوله فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة) أقول يعني لا بد للقضاء من حجة (قال المصنف فالأقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البيينة) أقول لا يلزم من هذا الدليل وجوب إقامة البيينة على عدد الورثة فتأمل (قال المصنف وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث) أقول وأنت خير بانه لا أولوية لاحد الورثة بأن يكون مدعى أو لا آخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجعول بخلاف المقيس عليه اتعين المدعى والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى يقيموا البيينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعى ليحصل مقصودهم

فانه انما يفتى عليه ما بالينة بدون الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان المدعى يحتاج الى اثبات الدين في حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت غير يدينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك الا بالبينة (قوله بخلاف المنقول) جواب عن قولهم ما يكفي المنقول الموروث وهو على وجهين احدهما قوله لان في القسمة نظر الخ (٨) والثاني ان المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة

فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظر الحاجة الى الحفظ اما العقار فمحض بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشتري لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال (وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم) لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما افروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة (وفي الجامع الصغير ارض ادعاهار جلال واقاما البينة انها في ايديهم او اراد القسمة لم يقسمها حتى يقيم البينة انها لهما) لاحتمال ان يكون لغيرهما قيل هو قول أبي حنيفة

البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب النسخة بأسرها (قوله وفي الجامع الصغير ارض ادعاهار جلال واقاما البينة انها في ايديهم ما) وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقيم البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما قال في العناية أعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيم البينة على الملك لاحتمال ان يكون ما في ايديهم مملوكا لغيرهما فانهم ما لم يذكروا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا لغيرهم وان يكون مشتري فيكون ملكا لهما لان الاصل ان تكون الاملاك في يدهم ملكا فلا يقسم احتياطا انتهى أقول لا يخفى على ذي فطنة سليمة ان قوله لان الاصل ان تكون الاملاك في يدهم ملكا لغيرهم فلهذا بل هو محلي بالمقام لان ذلك الاصل أعني كون الاملاك في يدهم ملكا يرجح كون ما في ايديهم مملوكا لهما فينبغي ان يقسم بدون اقامة البينة مع ان جواب مسئلة الجامع الصغير ان لا يقسم بدونها كما ترى فالصواب ان يترك تلك المقدمة في تعليل مسئلة الجامع الصغير وانما يحتاج اليها في بيان وجهه رواية كتاب القسمة كما مر من قبل واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فانهم ما لم يذكروا السبب احتمل ان يكون ميراثا الى آخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا ان لا يكون ملكا لهما الا لارثاء ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له بوجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك انتهى أقول يمكن دفع ذلك بانه ان اراد ان المحتمل هنا ان لا يكون ملكا لهما أصلا لا غير فهو ممنوع وقوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام فان عدم التعرض لشيء لا ينافي احتماله في الواقع وانما ينافي تقريره وتعيينه كيف ولو لم يكن للملك لهما احتمال أصلا لما جاز استماع البينة له وان اراد ان ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لان مجرد احتمال ان يكون ميراثا وان يكون مشتري يكفي في ان لا يقسم بدون البينة احتياطا ثم ان هذا كله على تقدير استمداد قول صاحب العناية لان الاصل ان تكون الاملاك في يدهم ملكا لغيرهم كما لا خلاف بالفرق بين الروايتين كما بينا عليه آنفا وأما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال ان لا يكون ملكا لهما أصلا لانه لا يثبتون ايديهم ما عني ان ما في ملكا لهما ويكون سبب عدم قرضها مال كونه ملكا لهما هو الاعتماد على دالة ذلك

وفي القسمة جعله مضمونا وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يصير مضمونا على من وقع في يده عنده (وبخلاف المشتري) جواب عن قولهم ما والعقار المشتري على ظاهر الرواية فقد روي عن أبي حنيفة في غير الاصول ان القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث وجهه الظاهر ما ذكره في الكتاب ان المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير (قوله وان ادعوا الملك) هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المصنف رحمه الله (هذه) يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة (رواية كتاب القسمة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيم البينة على الملك لاحتمال ان يكون ما في ايديهم مملوكا لغيرهما فانهم ما لم يذكروا السبب احتمل ان يكون

ميراثا فيكون ملكا لغيرهم وان يكون مشتري فيكون ملكا لهما لان الاصل ان تكون الاملاك في يدهم ملكا فلا تقسم احتياطا قيل هذا قول أبي حنيفة خاصة وعندهما تقسم بينهما لا تقسمان في الميراث بلاينة ففي هذا أولى

(قوله فانهم ما لم يذكروا السبب احتمل ان يكون ميراثا) أقول فيه بحث بل المحتمل هنا ان لا يكون ملكا لهما الا لارثاء ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له بوجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك (قوله فيكون ملكا لغيرهم) أقول يعني للميت

وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق الادار لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تنقسم الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز قال (وان حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب (٩) قسمها القاضي بطلب الحاضر بن

ويُنصب للغائب وكبلا يقبض نصيبه) قيل قوله في أيديهم ومعهم وارث غائب وقع سهواً من الناسخ والصحيح في أيديهما لانها لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وأجيب بأنه أطلق الجمع وأراد المثنى بقريضة قوله وارثان واقاما لكنه ملتبس (وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه لان فيه نظر للغائب والصبي) لظهور نصيبهما بما في يد الغير (ولابد من اقامة البينة في هذه الصورة) يعني فيما اذا كان معه ماضي (عند أي حنيفة رحمه الله) كما اذا كان معهما غائب (خلافاً لهما كما ذكرنا من قبل) يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند أي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحبها يقسمها باعتبارهم (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) وان

وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تنقسم الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال (واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضر بن وينصب وكبلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه) لان فيه نظر للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضاً خلافاً لهما كما ذكرنا من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافاً حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغروراً بشراء المورث فان نصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاءً بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فوضع الفرق (وان كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يده مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير)

عليه فنذكر (قوله وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تنقسم الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعني ان القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق الادار لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تنقسم الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز كذا في العناية أقول لقائل أن يقول ان هذا التقرير يقتضي أن لا تجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما اذا ادعوا الشراء أيضاً في العقار مع أنه قد سبق انه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق وبقتضي أيضاً أن لا تجوز القسمة بدون البينة عند أبي يوسف ومحمد أيضاً فيما اذا ادعوا الارث في العقار مع أنه قد سبق أيضاً أنهم ما يقولون بجوازها فيه بمجرد اعترافهم ثم أقول بجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من انه لا ملك بدون البينة لا تنقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الارث أيضاً على قولهما كما ثبت عليه اتفاقاً بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك في دعواهما أي لم يدعيا الملك ولم يتعرض له أصلاً في رواية الجامع الصغير بل انما ادعياهم في أيديهم واقاما البينة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا هذا صريح الملك فافترقنا حينئذ لا انتقاض بالصورتين المذكورتين لانهم ادعوا فيه مما سبب الملك من الارث والشراء ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فوضع كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما اذا ادعيا البتداء وبيانه أنهم لما ادعيا الملك ابتداء والبتداء ثابتة ومن في يده شيء يقبل قوله انه ملكه ما لم يرازعه غيره اذا الاصل أن الاملاك في يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل أن يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر أما اذا ادعيا البتداء عرضاً عن ذكر الملك مع حاجتهم الى بيانه فلا يقبل قوله ما لانهم طلبوا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لا تكون الا بالملك فلما استكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهما فافتأ كذلك الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا باقامة البينة ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهما الى

(٣ - تكله ثامن) اقاما والبينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح (قوله ويصير مغروراً بشراء المورث) صورته اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحققت يكون الولد حراً بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث

(قوله ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز) أقول هما يقولان لا دليل للملك فلا شبهة في الملك كما تقدم وجوابه أن البتداء لا تصلح للاستحقاق بل للدفع تأمل (قوله لكنه ملتبس) أقول لكان الورثة قبله

(وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها) يعني فيما إذا كان العقار في يد الميراث الغائب أو شيء منه (كما أطلق في الكتاب) يعني قوله لم يقسم من غير أن يذكر إقامة البينة (وقوله (هو الصحيح) اخترازا عما ذكر في المبسوط وإن كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما) فال حاضر إن كان خصما عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب وإن كان خصما عنهما فثمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما إذا كان الحاضراثنين والباقي ظاهر

فصل فيما يقسم وما لا يقسم ﴿ لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم بينهما (١٠) ﴾

لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير الخصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب قال (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة) لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقتضى ما عايننا بخلاف ما إذا كان الحاضراثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم إذا أقيمت البينة وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلب القسمة وأقام البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

﴿فصل فيما يقسم وما لا يقسم﴾ قال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وإن كان ينتفع أحدهم ويستنصر به الآخر لقلته نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) لأن الأول ينتفع به فيعتبر طلبه والثاني تمت في طلبه فلم يعتبر ذكر الحصص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الأضرار بغيره والآخر يرضى بضر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه

فقال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ) إذا طلب أحد الشركاء القسمة فاما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أولا ينتفع منهم أحد فان كان الأول قسم القاضي بطلب أحدهم جبرا على من أبي (لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه) يريد به قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الافرازات تفاوت المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلى آخره وإن كان الثاني فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر الحصص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل

هنا كلامه فتبصر (قوله لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما) يعني أن في هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط أقول في هذا التعليل شيء وهو أنه انما يتم إذا كان العقار كله في يد الغائب أو الصغير أو كان منه شيء زائد قدره على حصص الغائب أو الصغير من الميراث في يد أحدهما وأما فيما إذا كان في يد أحدهما من العقار شيء يساوي قدره حصص ذلك من الميراث أو بصيراقل منها فلا يتنسى فيها ذلك التعليل إذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم إقامتها كان في يده على يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه مما في يد الحاضرين في صورة النقصان ويحتمل أن يكون هذا هو السرفي عدم وقوع ذكر أو شيء منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري فإن هذا القيد في وضعهما من زيادة صاحب الهداية كالتص عليه في غاية البيان فتأمل

﴿فصل فيما يقسم وما لا يقسم﴾ لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانها

والاصح القسم ويأبى صاحب الكثير وجهه ظاهر (وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه) لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين ودليل قول الحصص دليل الجانب الآخر

(قوله يعني فيما إذا كان معهما) أقول تفسير لقوله أيضا (قال المصنف فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضع الفرق) أقول وفي صورة الارث يقوم الآخر مقام الميت ويثبت حق الغائب على طريق التبعية

﴿فصل﴾ فيما يقسم وما لا يقسم (قوله وذكر الحصص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول في عبارته مسامحة ولا يظهر أن يقول وهو أن يقسم بطلب صاحب القليل وأما صاحب الكثير ولا يقسم بطلب صاحب الكثير وأما صاحب القليل

(والاصح هو المذكور في الكتاب) أي القدروري (وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملتزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل (وان كان) الثالث بان كان المشترك بينهما يتناقصا (يستتضر) كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة (لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالتياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف (لان عند اتحادهما بقصد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنس بين بعضهما في بعض اعدام الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي) وقوله (ويقسم القاضي كل مكمل وموزون الخ) ظاهر وقوله (ولا يقسم شاة وبعيرا) يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة (١١) من أصل واحد كالاجانة والقلمم والطشت المتخذة من صفر

ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من الفطن أو الكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والحبّة والقمص (ويقسم الثياب الهسروية لا اتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر) بسبب القطع لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركا فان رضيا بذلك قسمه بينهما (ولا يبين اذا اختلفت قيمتهما ما يبين) يعني ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس

والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول (وان كان كل واحد منهما يستتضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر قال (ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) لان عند اتحاد الجنس بقصد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة (ولا يقسم الجنس بين بعضهما في بعض) لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي (ويقسم كل مكمل وموزون كثير أو قليل والمعدود والمتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقرة والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وجرارا ولا يقسم الاواني) لانها باختلاف الصنعة تختلف بالاجناس المختلفة (ويقسم الثياب الهسروية) لا اتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تحقق الا بالقطع (ولا يبين اذا اختلفت قيمتهما) لما يبين بخلاف ثلاثة أبواب اذا جعل ثوب بشو بين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز

في فصل على حدة (قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملتزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة ملزمة وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا في العناية ومعراج الدراية وهو المذكور في الذخيرة وزاد عليه في النهاية والكفاية أن يقال ألا ترى أن كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلب جميعا القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى أقول هذه الزيادة تخالف ما سبق في الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستتضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على أن القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المصنف هناك حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعا من التدافع بين أصل ما ذكرنا في وجه استحبة المذكور في الكتاب أولا وبين

والدراهم لم تكن مشتركة فتدعيها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة أبواب اذا جعل ثوب بشو بين) يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطى أحدهما ثوبا والاخر ثوبين (وكذا ان استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوبا وربع ثوب والاخر ثوبين وثلاثة أرباع ثوب) فانه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه (لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لانه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركا فكذلك في البعض ومائة معاوضة تحتاج الى التراضي

(قال المصنف لم يقسمها الا بتراضيهما) أقول بخالف لما في شرح الكنتلزي لم ي (قوله ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالتياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاد الخ) أقول قوله لان في حق التراضي الخ تعديله لقوله يعني به يجبر الخ وقوله لان عند اتحاد الخ تعليل لقوله ويقسم العروض الخ

(وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق إذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخفى لو أمان أن يكون الرقيق مع شيء آخر يصح فيه القسمة جبراً كالغنم والخيول ولا يكون فإن كان فالأصح القسمة في قولهم جميعاً على الأظهر أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق أصلاً في القسمة جبراً ويجعل الرقيق تابعاً له في القسمة وقد ثبت الحكم لشيء تبعاً وإن لم يثبت قصداً كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف وإن لم يكن فإن كانوا ذكوراً أو إناثاً لا يقسم الأبرصاء ما وإن كانوا ذكوراً أو إناثاً لا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبره ما على ذلك وقال صاحباً ما يجبره ما على القسمة لاتحاد الجنس كافي الأبل والغنم ورقيق الغنم ولا في حنيفة أن التفاوت في الأدنى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لأن من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفروسية وغير ذلك فتتبع نصيب كل واحد منهم في واحد فانه سائر (١٢)

(وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما (وقال لا يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كافي الأبل والغنم ورقيق الغنم وله أن التفاوت في الأدنى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكور والإناث من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغنم لأن حق الغنم في المالبسة حتى كان للامام بيعها وقسمتها عنها وهما يتعلق بالعين والمالبسة جميعاً فافتراقاً وأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم كالألبان والبواقي وقيل لا يقسم البكر منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على إطلاقه لأن جهالة الجواهر أخش من جهالة الرقيق ألا ترى أنه لو تزوج على أولوة أو باقوتة أو خالغ عليها لاتصح القسمة ويصح ذلك على عبد فإولى أن لا يجبر على القسمة قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا ربح إلا بتراضي الشركاء وكذا الحائض بين الدارين) لأنهم اشتملوا على الضرر في الطرفين إذ لا يبقى كل نصيب منتفع به انتفاعاً مقصوداً فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بيننا قال

التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد (بخلاف المغنم) جواب عن قوله ما ورقيق الغنم وذلك (لأن حق الغنم في المالبسة حتى كان للامام بيعها وقسمتها عنها وهما يتعلق بالعين والمالبسة فافتراقاً) فإن قيل لو تزوج أو خالغ على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك أجيب بأن القسمة تحتاج إلى الإفراز ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج إليه (قوله) وأما الجواهر (الخ) واضح قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا ربح)

ذلك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأن الحق لهما إلى قوله أما القاضي يعتمد الظاهر فتأمل (قوله) ولا يقسم حمام ولا بئر ولا ربح إلا بتراضي الشركاء قال صاحب العناية والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاعاً ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والربح ضرر لهما أولاً فلا يقسم إلا بالتراضي انتهى أقول نقر بالأصل بهذا الوجه ليس بسديد إذ قد تقرر فيما مر أنه إذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستنصر بنصيبه فله أن القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الأصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره على الحصص وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الأقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء كما يجعل ذلك مداراً لعدم الجبر

والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاعاً ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والربح ضرر لهما أولاً فلا يقسم إلا بالتراضي ومن المشايخ من قال إن القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متفلاً لكن لو اقسما لم ينعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله (لما بيننا) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد يستنصر لصغره لم يقسما إلا بتراضيهما

(وإذا)

(قوله ولا أحدهما) أقول لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق أنه إذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطلب صاحب الكثير فلتأمل (قوله وقوله لما بيننا) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد الخ) أقول بل إشارة إلى دليل تلك المسئلة أو إلى قوله لأن الحق لهما الخ فتأمل

(قوله ولا أحدهما) أقول لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق أنه إذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطلب صاحب الكثير فلتأمل (قوله وقوله لما بيننا) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد الخ) أقول بل إشارة إلى دليل تلك المسئلة أو إلى قوله لأن الحق لهما الخ فتأمل

انما خص الخصاص بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتاب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي رحمه الله وقوله (ان اجارة منافع الدار بالخافوت) أى بمنافع الخافوت لانه لو جعل نفس الخافوت أجرة لمنافع الدار صح وقوله (أو تبنى حرمة الربا هنا لك) أى فى اجارات الاصل (على شبهة المجانسة) يعنى ان كانت منافع الدار ومنافع الخافوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربا هنا لك على شبهة المجانسة بين منافع الدار والخافوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا نحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نيئة وبالجنس يحرم النساء عندها كما تقدم

في القسمة (قوله وان كانت دارو ضيقة أو دارو حافوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس) قال المصنف جعل الدار والحافوت جنسين وكذا ذكر الخصاص وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحافوت لا يجوز وهذا يدل على أنهم ما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبني حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة واستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد ثمة بشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منعهما وهو السكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون انزاله عنها وقد قال شمس الاعنة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب الى هنا كلام صاحب الكافي وأوضح اشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيته وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الى بافاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا للشبهة والشبهة والمعتبر

(قوله واستشكل كلامه) أقول هذا في الكافي (قوله ويمكن ان يقال) أقول يعني في جواب الاستشكال (قوله لان المراد شبهة
المجانسة الشبهة الثابتة بها) أقول يعني انها مع هذا الجنس نظر الى أصل السكنى ففي حرمة الرباعية ومختلفا الجنس نظر الى اختلاف
المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتامل

فصل في كيفية القسمة ✽ لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان كيفية صفة فتنبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة ان فلا تانصيه كذا ولا تانصيه كذا يمكنه حفظه ان اراد رفع تلك الكاغدة (١٤)

الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه (وبعدله) يعني يسويه على سهام القسمة و يروي بعزله أى يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لما حقه اليه في الآخرة (ويقرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون نصيب بعضهم بنصيب الآخر تعاق) فتقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فنخرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل أن يتظر في ذلك الى أقل الانصاف حتى اذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سداسا جعلها أسداسا لممكن القسمة وقد بشرناه مشيعل في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويقرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الانصاف فان لم يفعل أولم يمكن جاز على ما نذكره بتفضيله ان شاء الله تعالى

الشبهة دون النازل عنها وقد قال فيهم الأئمة الخواص اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل اذلو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومثله اجارات الاصل بقوله أو تبنى حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل حينئذ على اتحاد الدار والخانوة في الجنس ومدار مسئلة تناف على اختلافهما في الجنس قطعاً فتناقضان والمصنف قصد التوفيق بذلك فتشأ منه الاشكال المسد كور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التصريح في اجارات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كان المراد بالجنس واحد على طريق التشبيه البالغ بخذف أداته تشبيهه على ما عرفت فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعني انهما متحدان الجنس نظرا الى أصل السكنى فتبنى حرمة الربا عليه ومختلفا في المقتضى نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتنامل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلا لا يصح أن يراد به هنا أما أولا فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذا حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هناك شبه الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة في قول بنا حرمة الربا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانيا فلان ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا الى أصل السكنى واختلافه نظرا الى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضا فينا على أصل ذلك نطاف أباحيفة صاحباه هناك فقالا ان كان الاصل اهم قسمة بعضهم في بعض قسمها القباضي كما مر في الكتاب فلو كان المراد في مسئلتنا ما ذكرنا وما وافق الامامان أباحيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة وانقادهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه أما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لا خلاف الجنس انتهى

فصل في كيفية القسمة ✽ قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) يمكنه حفظه (وبعدله) يعني يسويه على سهام القسمة و يروي بعزله أى يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لما حقه اليه في الآخرة (ويقرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون نصيب بعضهم بنصيب الآخر تعاق) فتقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فنخرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل أن يتظر في ذلك الى أقل الانصاف حتى اذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سداسا جعلها أسداسا لممكن القسمة وقد بشرناه مشيعل في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويقرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الانصاف فان لم يفعل أولم يمكن جاز على ما نذكره بتفضيله ان شاء الله تعالى

الشبهة دون النازل عنها وقد قال فيهم الأئمة الخواص اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل اذلو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومثله اجارات الاصل بقوله أو تبنى حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل حينئذ على اتحاد الدار والخانوة في الجنس ومدار مسئلة تناف على اختلافهما في الجنس قطعاً فتناقضان والمصنف قصد التوفيق بذلك فتشأ منه الاشكال المسد كور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التصريح في اجارات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كان المراد بالجنس واحد على طريق التشبيه البالغ بخذف أداته تشبيهه على ما عرفت فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعني انهما متحدان الجنس نظرا الى أصل السكنى فتبنى حرمة الربا عليه ومختلفا في المقتضى نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتنامل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلا لا يصح أن يراد به هنا أما أولا فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذا حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هناك شبه الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة في قول بنا حرمة الربا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانيا فلان ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا الى أصل السكنى واختلافه نظرا الى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضا فينا على أصل ذلك نطاف أباحيفة صاحباه هناك فقالا ان كان الاصل اهم قسمة بعضهم في بعض قسمها القباضي كما مر في الكتاب فلو كان المراد في مسئلتنا ما ذكرنا وما وافق الامامان أباحيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة وانقادهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه أما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لا خلاف الجنس انتهى

والقرعة

فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول واللذان يليانه (قوله وقوله في الكتاب) واضح

فصل في كيفية القسمة ✽ (قوله بان يكتب على كاغدة الخ) أقول هذا ليس يصلح تفسير التصور ما يقسم كما لا يخفى (قوله صورته أرض بين جماعة الخ) أقول فيه نقض

قوله (والقرعة لتطيب القلوب) جواب الاستحسان والقياس بأبائها لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قارولهم هذا لم يجوز علماءنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة وان كنناها ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير وليس في معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه وأما ما نحن فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما الأثر عما بينهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطيب قلوب الشركاء ونفي حمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها لكونه خالها عند تطيبها لقلوبهم قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الخ) جماعة في أدبهم عقار طلمبوا قسمته وفي أحد الجانبين فضل فأراد أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة وان تراضوا أدخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما قاب الشركة ولا ينفوت التعديل المراد بالقسمة لان أحدهما يصل الى عين العنار ودراهم الآخر في ذمته قد لا يصل اليها وليس بين ما يصل اليه لرجل في الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذا ذهب أبو يوسف رحمه الله فيما اذا كان أرض وبناء الى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وأبو حنيفة رحمه الله الى أن الأرض تقسم بالمساحة لانها (١٥) الأصل في المسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فقد دخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم عليك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومحمد رحمه الله الى أنه يرد على شريكه بمقابلته البناء ما يساويه من العرصه فان لم تف العرصه بقيمة البناء فمقتضى ذلك فضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك لان الضرورة تحتقت في هذا القدر فلا يترك الأصل الا لهما هذا يوافق رواية الأصل لانها لا يمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصيب الآخر لانه يمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر

والقرعة لتطيب القلوب واذا حتمه الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراره جاز لانه في معنى القضاء في ملك الارام قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضهم) لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولا ينفوت به التعديل في القسمة لان أحدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلمه (واذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة لانه هو الأصل في المسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فقد دخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم عليك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلته البناء ما يساويه من العرصه واذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن كان لثني العرصه بقيمة البناء فمقتضى ذلك فضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل الا بها وهذا يوافق رواية الأصل قال (فان قسم بينهم ولا حدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصيب الآخر لانه يمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر

يقسم لان الكيفية صفة تتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف (قوله والقرعة لتطيب القلوب واذا حتمه الميل) قال الشراح هذا جواب الاستحسان والقياس بأبائها لان استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماءنا استعمالها

فلا يجعّل لاحده ما على الآخر فضلا من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح قوله (فان قسم بينهم) يعني ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولا حدهما مسيل الماء في نصيب الآخر أو طريق فلا يخلو اما ان يمكن صرف ذلك عنه أولا (فان أمكن فليس له أن يستطرق) وبسبيل (في نصيب الآخر) سواء كان ذلك مشروطا في القسمة أو لم يكن (لانه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو الافراز والتمييز (من غير ضرر) بان لا يبقى لكل واحد منهما ما يتعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وان سرت بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا تدخل الا بالشرط

(قوله وليس في معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه) أقول الضمير في قوله فيه راجع الى القمار (قوله ألا ترى أن زكريا عليه السلام) أقول الظاهر أن يقال ألا ترى الى أن الخ (قوله لانه لا شركة) أقول تعليل لقوله لم يدخل الدراهم في القسمة (قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعني الاتصاف في غاية البيان (قوله سواء كان ذلك مشروطا) أقول بذلك كالحقوق (قوله أمكن تحقيق معنى القسمة الى قوله بان لا يبقى لكل واحد منهما ما يتعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول قوله بان متعلق بقوله تحقيق وقوله بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبقى (قوله فلا يدخل الا بالشرط) أقول في التفريق نوع تأمل

(وان لم يمكن) فلما أن يشترط ذلك في القسمة أو لافان كان الثاني (فسخت القسمة لانها محتلة لما فيه من الضرر بقاء الاختلاط قدسأف وهذا بخلاف البيع) فانه اذا باع داراً أو أرضاً ولا يمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسهيل الماء لم تذكر الحقوق فانه لا يفسد لان المقصود منه تلك العين وأنه يجامع تعذراً لانتفاع في الحال) كالأشترى بحشا صغيراً (وأما القسمة فانه التكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق) وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا باعتبار لا يدخل من غير تنصيص وتقريره ان في القسمة تكميلاً وافرازاً والحقوق بالنظر الى التكميل تدخل (١٦) وان لم تذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لان دخولها ينافي

الافراز فقلنا تدخل عند التنصيص ولا تدخل عند عدمه اعمالاً للوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اخذت الشراكه في رفع الطريق بينهم عن اقسمة) فقال بعضهم لاندع طريقاً مشتركاً كابينابيل نقسم الكل وقال بعضهم بل ندع بنظر القاضي في حالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاقم بغير طريق يترك للجماعة لتحقيق الافراز بالكلية دونه) أي دون رفع الطريق (وان كان لا يستقيم رفع طريقين جماعتهم ليحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره) أي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم يجعل سعة

(وان لم يمكن فسخت القسمة) لان القسمة محتلة لبقاء الاختلاط قدسأف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تلك العين وأنه يجامع تعذراً لانتفاع في الحال أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتعمام ذلك بأن لا ينيق لكل واحد تعلق بنصيب الاخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر بفصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيه لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا باعتبار لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاقم بغير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقيق الافراز بالكلية دونه (وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقين جماعتهم) ليحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق (ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لان الحاجة تندفع به (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة فيما وراء الطريق لافيه (ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما أثلاً ناجاز وان كان أصل الدار نصفين) لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي

في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقه ولاكتناز كما القياس ههنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبر منكر وليس هذا في معنى القمار لان أصل الاستحقاق في القمار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة لان القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذلك الجانب كان مستقيماً الا أنه بما بينهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطيق قلوب الشركاء وفي تهمه المسيل عن نفسه وذلك جائز ألا يرى أن نونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فسأهم فكان من المدحفين وذلك لانه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء بما نسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذلك ذكر يا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكون خالته اعنده تطيبها القلوبهم كما قال الله تعالى اذ يلقون أفلامهم أمهم بكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا أراد السفر تطيبها القلوب من انتهى كلامهم وعزافي النهاية ومعراج الدرابة هذا التفصيل الى المبسوط أقول بين

الطريق أكبر من عرض الباب الاعظم وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك (جعل على عرض الباب قال وطوله لان الحاجة تندفع به) فلا فائدة في جعله أعرض من ذلك وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان أحد الشركاء اذا أراد أن يشرع جناحاً في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانياً على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بانياً على الهواء المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء وان كان المقسوم أرضاً فرفع من الطريق بقدر ما عرقه ثور واحد لانه لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما عرقه ثوران معاوان كان محتاجاً الى ذلك لانه كما يحتاج الى هذا يحتاج الى العجالة فيؤدى الى ما لا ينهائى كذا في النهاية وباقى كلامه واضح

قال (واذا كان سفلا لعلو عليه وعلو لا سفلا له وسفلا له علو فقوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا مغرب بغير ذلك) قال رضي الله عنه هذا عند محمد رحمه الله وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع

قال (واذا كان سفلا

لعلو له) صورة المسئلة أن يكون علو مشترك كابين رجلين وسفله لا آخر وسفل مشتركا بينهما وعلوه لا آخر وبيت كامل مشترك كابينهما والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلب من القاضي القسمة وطلب من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلومع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله انتهى وقد أخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر في النهاية ومعراج الداراية من السؤال والجواب بان يقال فان قيل كيف يقسم العلومع السفل قسمة واحدة عند أبي حنيفة ومن مذهبه أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة اذ لم تكن في دار واحدة قلنا موضوع المسئلة أنهما كانا في دار واحدة والبيتان في دار واحدة عند أبي حنيفة يقسم قسمة جمع ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلب من القاضي المعادلة فيما بينهم وعند أبي حنيفة تجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضا انتهى وقد ذكر هذا السؤال والجواب في الذخيرة أيضا فهي المأخذ الأصلية أقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية أما الاول فلان ذلك التقييد مخالف لروايات عامة الكتب منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال والبيوت في محل أو محال تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيها يسير انتهى ولا شئ أن المحلة فوق الدار فإذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة واحدة بالاجماع فلا أن قسمت في دور متعددة قسمة واحدة بالاجماع أولى كالأصح ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال ثم هي على ثلاثة فصول عند أبي حنيفة الدور والبيوت والمنازل فالدور لا تقسم عنه قسمة واحدة لا برضا الشركاء سواء كانت متباينة أو متلازمة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة أو متلازمة لانها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر باجرة واحدة في كل محلة والمنازل المتلازمة كالبيوت تقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لا تقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازمة وبالدار اذا كانت متباينة وقال في الفصول كما هي تظر القاضي الى أعدل الوجه ليمضي القسمة على ذلك انتهى وهكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك والبيوت تقسم مطلقا التقارب في معنى السكنى ومنها ما ذكره الامام قاضيان في فتاواه حيث قال وان كان بين الرجلين بيتان له أن يجمع نصيب أحدهما في بيت واحد متصلين كانا أو منفصلين ولو كان بينهما منزلان ان كانا منفصلين فهما كالدارين لا يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد ولو كانا متصلين فكل منزل قسمة على حدة ولو كانا متصلين فهما كالبيتين له أن يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد وهذا كله قول أبي حنيفة وقال صاحباه الدار والبيت سواء والرأي فيه للقاضي انتهى ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالاجماع متصلين كانا أو منفصلين اه الى غير ذلك من المعبرات ولا يخفى على ذي فطنة أن مدلول كل واحد منهما أن يقسم البيتان أو البيوت عنده قسمة واحدة على الإطلاق وأما الثاني فلانه ان أراد بالتراضى في قوله أو في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيا فيما بينهما على قسمة معينة لزم أن لا يستقيم بيان الخلاف في هذه المسئلة بين أئمتنا

لأن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلون من حفر البئر واتخاذ
السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل
الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة
بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع من سفلى بذراعين من علو
وقال أبو يوسف ذراع بذراع واختلاف المشايخ بأن
مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر
والبلدان في تفضيل السفلى على العلو أو العكس من
ذلك أو استواءهما وهو معنى فقهي فقال بعضهم
أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة
بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار
السفلى على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من عادة
أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة
السكنى ومحمد بن علي ما شاهد من اختلاف العادات في
البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقال
بعضهم بل مبني على معنى فقهي ووجه قول أبي حنيفة
رحمه الله أن منفعة السفلى تربو على منفعة العلو
بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو دون العكس
(قوله أو هو معنى فقهي) أقول معطوف على قوله
اختلاف عادة أهل عصر

نحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلون من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو اصطبل أو غير ذلك فلا يتحقق
التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذرع لا في القيمة
فيصار اليه ما أمكن والمرامى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة
بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله ذراع من سفلى بذراعين من علو وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل
أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستواءهما وتفضيل
السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفلى
تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى

الثلاثة على الوجه المفصل في الكتاب اذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية فإنه يجوز القسمة على وفق
تراضيهما على شيء معين كمنها كان بخلاف من أحد الأري أن الدور مطلقاً لا تقسم قسمة واحدة
عند أبي حنيفة وعند تراضى الشراكه فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عنده أيضاً كما صرحوا به
قاطبة وان أريد بالتراضى المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة
النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم وإن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة
ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئاً لأنهما إنما تراضيا حينئذ على القسمة
المعادلة فإن كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر أن وجهه عدم
امكان التعديل في قسمة واحدة كما قال في الدور فإذا لم يمكن التعديل فيها فكيف يجوز مجرد
تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا يرى معنى فقهي قارق بين صدور التصريح
بالتراضى على ذلك المعنى منهم ما وعدم صدوره فامعنى اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتأمل
(قوله نحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلون من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو اصطبل أو غير ذلك فلا يتحقق
التعديل الا بالقيمة) أقول كان الظاهر في التعليل من قبل محمد أن يراد على قوله ان السفلى يصلح لما لا يصلح
له العلو وان العلو يصلح لما لا يصلح له السفلى كدفع ضرر الندى في موضع بكر فيه الندى واستنشاق
الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفلى لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضى تفضيل السفلى
على العلو مطلقاً كما هو مذهب أبي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفلى بذراعين من علو بخلاف
تفضيل السفلى مرة وتفضيل العلو أخرى فإنه ينافي القسمة بالذرع أصلاً يقتضى المصير الى القسمة
بالقيمة ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سأتى ولحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد
بالإضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجاب كل
واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستواءهما وتفضيل السفلى
مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلاف المشايخ
بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو والعكس
من ذلك أو استواءهما وهو معنى فقهي فقال بعضهم أجاب كل منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة
بناء على ما شاهد من أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل
بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكنى ومحمد بن علي ما شاهد من اختلاف العادات
في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى انتهى أقول في أوائل تحريره دخل حيث قال أو
العكس من ذلك ولا يخفى أن عكس تفضيل السفلى على العلو مطلقاً إنما هو تفضيل العلو على السفلى
مطلقاً وهو ليس بمذهب أحد في الاختلاف المذكور وإنما المذهب فيه تفضيل السفلى على العلو مطلقاً
كما قال به أبو حنيفة واستواءهما كما قال به أبو يوسف وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى كما قال به محمد
وابن الثالث بعكس الاول كما لا يخفى والله در صاحب الهداية في حسن تحريره واصابته حيث قال في

وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو منفعة السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولا ييوسف رجه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولحمه مدرجه الله أن المنفعة تختلف باختلاف (١٩) الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل

الا بالقيمة وقوله لا يقتصر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رجه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فتلاثة وثلاثون وثلاث من العلو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلاث من السفل الكامل في مقابلة ستة وستين وثلاثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفل ستة وستون وثلاث من السفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد ستة وستون وثلاث من علو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلاث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول أبي يوسف رجه الله ظاهر على ما ذكر في الكتاب

وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولا ييوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولحمه مدرجه الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رجه الله وقوله لا يقتصر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رجه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فتلاثة وثلاثون وثلاث من السفل ستة وستون وثلاث من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع لان علوه مثل نصف سفل فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلاث لان نصف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بازاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمئة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو

تفصيل السفل على العلو واستوائهما وتفصيل السفل مرة والعلو أخرى فأصاب المحر في افادة عين المذهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى (قوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمرأى التسوية في السكنى لا المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اه أقول ليس ذلك بسديد أما أولا فلان معنى قوله فيما مر والمرأى التسوية في السكنى لا في المرافق أن المرأى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في السكنى لا في المرافق اذا الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصار الى ما هو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراعاة ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى أيضا في كيفية القسمة عند أبي حنيفة وهي ذراع من سفل بذراعين من علو ولا بعد في أن يرأى في كيفية القسمة بالذرع ما لا يرأى في نفس القسمة بالذرع فان نفس القسمة بالذرع قد تحقق منفعة عن تلك الكيفية كافي قسمة البيت السفلى فقط أو العلوى فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى وأما ثانياً فلانه لا معنى لقوله الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمرأى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجه قول أبي حنيفة وحده وما ذكره محمد معزل عن ذلك القولين معا فلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاه على أن قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولا ييوسف أن المقصود أصل السكنى) أقول حق الخبر أن يقال ان أصل المقصود هو السكنى وهذا ظاهر لفظ المتدبر في المقام (قوله والسفل المجرد ستة وستون وثلاث لان نصف العلو فيجعل بمقابلة مثله) قال بعض الفضلاء

في السكنى لا في المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر (قوله في السفل المجرد) أقول الظاهر أن يقال من السفل (قال المصنف والسفل المجرد ستة وستون الخ) أقول قوله والسفل المجرد الخ مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى

(قوله واذا اختلف المتقاسمون) فقال بعضهم به نصبي في يد صاحبي (وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) ذكره القدوري ولم يذكر خلافا
وكأنه مال الى قول الخصاص فانه ذكر قول (٣٠) محمد كقولهما وقوله اولانه أي التمييز لا يصلح مشهودا به لما

قال (واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره
قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول أبي يوسف وأولاه قال الشافعي وذكر
الخصاص قول محمد مع قولهما وقاسما القاضى وغيرهما سواء لمحمد أنهما أشهدا على فعل أنفسهما
فلا تقبل كن عاق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما
وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما لأن فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه أولانه
لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه
وقال الطحاوى اذا قسما بأجر لا تقبل الشهاد بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهم يدينان
إيفاء عمل استؤجر عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا ان يقول هما
لا يجبران بهذه الشهادة الى أنفسهما مغتالانفاق الخصوم على إيفاء العمل المستأجر عليه وهو
التمييز وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانفتحت التهمة (ولو شهد فامس واحدا لا تقبل) لان شهادة الفرد
غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضى أمينة بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن
نفسه ولا يقبل في الزام الاخر اذا كان منكرا والله أعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال (واذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء
لم يصدق على ذلك الابينة) لانه يدعى فسح القسمة بعد وقوعها فلا يصدق بالاجحجة

قوله والسفل المجرد الى آخره مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى انتهى أقول دعوى استدراكه بالكلية
خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان العلوم مثل نصف السفلى ليس ببيان كامل لقوله
ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاثا ذراع وانما يكمل البيان
بقوله والسفل المجرد أى سفلى البيت الكامل ستة وستون وثلاثا لانه ضعف العاقل يجعل بمقابلة مثله
أى بمقابلة مثله من السفلى المجرد الذى لا علو عليه أصلا نعم حق البيان أن يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع
كأذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن تقع وأن لا تقع أخذ كرها قال صاحب
العناية أخذ من غاية البيان والاصل في هذا الباب أن الاختلاف اما أن يكون في مقدار ما حصل
بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فان كان الاول مخالفا ونفسح القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان
الثاني فحكمه البينة على المدعى واليمين على من أنكر اهـ واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه
بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى والغبن يسير لا يخالف فيه ولا
بينة ولا يمين كما يجيىء انتهى أقول ذلك مندفع فان الظاهر أن المقسم في الاصل المزبور هو الاختلاف
الملتفت اليه المعترف في الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما
اذا كانت القسمة بالتراضى والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضى ولكن الغبن يسير خارج
عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه في الشرع كما يجيىء فلا يردبه النقص على شئ من القسمين

أنه غير لازم قبل لان
الرجوع صحيح قبل القبض
وهو صحيح اذا كانت القسمة
بتراضيهما أما اذا كان القاضى
أونائبه بقسم فليس لبعض
الشركة أن يأتى ذلك بعد
خروج بعض السهام
والباقي واضح

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط
والاستحقاق من عوارض
القسمة أخذ كرها والاصل
في هذا الباب أن
الاختلاف اما أن يكون
في مقدار ما حصل بالقسمة
أو في أمر بعد القسمة فان
كان الاول مخالفا ونفسح
القسمة ان لم يكن في دعواه
متناقضا وان كان الثاني
فحكمه البينة على المدعى
واليمين على من أنكر
فعلى هذا اذا ادعى
أحدهما الغلط في القسمة
وزعم أن مما أصابه شيئا
في يد صاحبه وقد أشهد
على نفسه بالاستيفاء لم
يصدق على ذلك الابينة
لانه يدعى فسح القسمة
بعد وقوعها فلا يصدق
بالاجحجة كالمشتري اذا
ادعى لنفسه خيار الشرط
فان أقامها فقد توردها بها

(فان)

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق

(قوله فان كان الاول مخالفا الخ) أقول وفيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى والغبن يسير
لا يخالف فيه ولا يمين ولا يجيىء

(فان لم يكن له بينة استخلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب النا كل والمدعى فيقسم بينهما على قدر أنصائبهم لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضى الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه واليه أشار من بعد) (وان قال قد استوفيت حقى وأخذت بعضه قال قول قول خصمه مع يمينه) لانه يدعى عليه الغصب وهو منكسر (وان قال أصابنى الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شر بكة تحالفوا فسخت القسمة)

المذكورين في الأصل المزبور (قوله فان لم تكن له بينة استخلف الشركاء) لانهم لو أقروا الزمهم فاذا أنكروا استخلفوا لرجاء النكول كذا في الكافي وعامة الشروح وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لوضح هذا لدل على وجوب تخليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تخليف عليه عند أبى حنيفة ومحمد انتهى أقول ليس ذلك بوارد اذ قد تقرر في كتاب الاقرار أن حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا في نسب الولاد ونحوه ولكن برّد الاقرار برّد المقر له لا بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ أصلاً فاذا تقرر ذلك فادعاء المقر أنه كذب في اقراره ان كان بعد تصديق المقر له اياه في اقراره لا يدل ما ذكرناه هنا على وجوب تخليف المقر له هناك اذ لا يتشكى فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك شيء بأقراره بكذب المقر في اقراره والالزم أن يرد الاقرار الاول برّد المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في اقراره فلا يدل ما ذكرناه هنا أيضا على ذلك فانه يتشكى فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتشكى فيه أن يقال فاذا أنكروا استخلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا أنكر ذلك كان مصداقه في اقراره لان انكار كذبه في اقراره يقتضى تصديقه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الرديف فائدة في استحلافه ولذلك لم يجب تخليف المقر له هناك عند أبى حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تأمل فيما قلنا فاعلم فيه دقة ثم أقول لكن بقى فيما ذكرنا وهو أن قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا أنكروا استخلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار وأما على قول من قال انه بذل لا اقرار فكذهب اليه أبو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلاً فانه اذا لم يكن اقرارا لا يلزم من لزوم اقرارهم لو أقروا وجوب استخلافهم اذا أنكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم بأوله كما لا يخفى على الفطن (قوله قال رضى الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المسوط وفي فتاوى قاضيان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعاً عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لا بتناؤه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفا أقول يمكن أن يقال انه ليس بمانع عن صحة الدعوى ولا ينبغي أن يتحالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف أن يدعى أحد المتقاسمين غلطاً في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعياً الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف أن يدعى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعياً الغصب بدعوى الغلط وقال في التسويع الاول وانما وجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائماً فكذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق وأما اذا سبق لا تسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في التسويع

عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى كما ذكر في الكتاب ولا تخالف لوجود التناقض في دعواه قال المصنف رحمه الله (ينبغي أن لا يقبل دعواه أصلاً) يعنى وان أقام البينة لتناقضه لانه اذا أشهد على نفسه أى أقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكامله كان الدعوى بعد ذلك تناقضاً قوله (واليه أشار من بعد) يريد قوله وان قال أصابنى الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شر بكة تحالفوا فسخت القسمة

(قوله وان عجز عنها استخلف الشركاء لانهم لو أقروا الزمهم الخ) أقول لوضح لدل على وجوب تخليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تخليف عليه عند أبى حنيفة ومحمد رحمه الله (قال المصنف ينبغي أن لا يقبل دعواه) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وفي المسوط وفي فتاوى قاضيان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وفيه بحث

فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعاً عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لا بتناؤه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفا

لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة نصارت نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الاشارة أن هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا تحالف فيه ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب أن لا تقبل دعواه أصلا وان قال قد استوفيت حق وأخذت بغضه (٢٢) وعجز عن اقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب

لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة نصارت نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه) لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في المبيع فكذلك في القسمة لو جود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش) لان تصرفه مقيد بالعدل (ولو اقسما دارا أو أصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما يمينه في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا

الثاني اذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجهه دون وجهه لا يجب انتهى فتلخص منه وجهه عدم وجوب التحالف فيما اذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضا من غير حاجة الى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لان دعوى الغلط على وجهه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الاقرار باستيفاء حقه من قبل كما لا يخفى على المتأمل (قوله لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة نصارت نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم) أقول فيه بحث وهو أن ما تقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان في المبيع قبل القبض على وفاء القياس لان أحدا المتبايعين يدعي الزيادة والاخر ينكرها وان الآخر يدعي وجوب تسليم البديل عما قاله وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهم مانكرا فيحلف وأما بعد القبض فتحالف للقياس لان القابض منهم لا يدعي شيئا حتى ينكره الاخر فيحلف عليه لكننا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فافترقا فادعى أحدهما أن يقر بذلك ففيما نحن فيه أحد الشرطين فابض نصيبه فانه ذو اليد ولا يدعي على الآخر شيئا وانما يدعي الآخر عليه بعض ما في يده فكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لأجراء النص المزبور هنا لا بطريق القياس لان ذلك النص كان واردا في البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم أن ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده ولا بطريق دلالة النص لان القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الاقرار والمبادلة معا كما مر في صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الاقرار ولا بد في الالحاق بطريق الدلالة من الاولوية أو التساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شيء منهما هنا فليتنامل في الدفع (قوله ولو اقسما دارا أو أصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما يمينه في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا) قال في العنابة قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا بيمينه لانه يدعي فسح القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسح القسمة ليس بظاهر فان المدعى شيء معين وهو البيت فاذا نود دعواه باليمين يحكم بالبيت للمدعى انتهى أقول الظاهر أن المراد بفسح القسمة في قوله لانه يدعي فسح القسمة بعد وقوعها فسح القسمة المعانيصة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي اليد لا فسح القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينافي ما سيجي في الفصل الآتي من

وهو ينكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو اما أن يكون يسيرا أو فاحشا لا يدخل تحت تقويم المفتومين فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي لان الاحتراز عن مثله عسر جدا وان كان الثاني فان كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لان الرضا منهم لم يوجد وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله انه كان يقول لقائل أن يقول لا نسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لاوجب نقضه أما البيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصى وقائل أن يقول نسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش فان شرط جواز القسمة

فيجب نقضها والصدور منهم حكام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف رحمه الله وبعض المشايخ لما رجحهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني قوله (ولو اقسما دارا) هو عين مسألة أول الباب لكن أعاده لزيادة بيان وقوله (لما قلنا) اشارة (قوله ووجه الاشارة أن هذا المعنى الخ) أقول بل وجه الاشارة أنه فهم من تقييد المسئلة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه ان أشهد لا يتصلان على ما هو المقرر في الروايات لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا منع التناقض التحالف يمنع قبول الدعوى أيضا تامل

الى قوله لم يصدق على ذلك الايبنة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله (وكذا اذا اختلفا في الحدود) قبل صورته دارا قسمه رجلان فأصاب أحدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده وأقاما البينة بقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا يعني قوله لانه خارج وبينه الخارج ترجع على بينة ذي اليد والباقي واضح

فصل لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (واذا استحق بعض نصيب أحدهما) ههنا ثلاثة أوجه استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فهم جميعا واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين في الأول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تفسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن يخيران شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وإن شاء رد ما بقي واقتسم ثانيا وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ ومحمد مع أبي يوسف على رواية أبي سليمان ومع أبي حنيفة على رواية أبي حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة أن أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتها سواء بان تكون قيمة الدار ألفا ومائتي درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشفيق وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وقيمتها ثلاثمائة فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمتها مائة وخمسون اعتبارا للجزء (٣٣) بالكل فيصير في يد كل من الشريكين أربع مائة درهم وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف)

أربع مائة درهم وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف) يعني القدوري رحمه الله في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الأسرار أن الاختلاف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما قال صاحب النهاية رحمه الله وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهوا لأن هذه المسئلة مذكورة في الأسرار في

(وان أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعى) لانه خارج وبينه الخارج ترجع على بينة ذي اليد (وان كان قبل الشهادة على القبض تحالفوا وتادا وكذا اذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه) لما بينا (وان قامت لاحدهما بينة قضى له وان لم تقم لاحدهما تحالفوا) كما في البيع

فصل قال (واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال أبو يوسف تفسخ القسمة) قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الأسرار والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الأصح أنه إذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا تفسخ القسمة بالإجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الأول فيما نحن فيه إذا نورد عوا بالبينه ظاهر لا يخفى

فصل لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق (قوله قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الأسرار) أي قال المصنف ذكر القدوري الاختلاف بين أبي

الشائع وضعا وتعليل من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضا نظرفان قول القدوري وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما

(قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شيء معين وهو البيت فإذا نورد عوا بالبينه يحكم بالبيت للمدعى

فصل وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه (قوله في الأول الى قوله وفي الثالث) أقول أراد بالاول قوله استحقاق بعض معين وأراد بالثاني قوله استحقاق بعض شائع في النصيبين وأراد بالثالث قوله استحقاق بعض شائع في أحد النصيبين (قوله في الأول لا يفسخ القسمة بالاتفاق) أقول في شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يوافق نص عبارته وان استحق البعض من نصيب كل واحد فان كان شائعا ففسخت القسمة وان كان معيناً لم يذكر هذه المسئلة فأقول لا يفسخ القسمة بل يجعل هذا المستحق كأن لم يكن فان كان الباقي في يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لاحدهما على صاحبه وان نقص من نصيب أحدهما رجع بالحصة كما إذا كانت الدار نصفين والمستحق عشرة أذرع خمسة من نصيب هذا وخمسة من ذلك فلا رجوع وان كانت أربعة من هذا وستة من ذلك رجع الثاني على الأول بذراع وفي غاية البيان والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فهم جميعا لا تنقض القسمة بالاتفاق انتهى (قوله ليس بنص في ذلك) أقول لكنه ظاهر فيه ويكتفي بذلك للمصنف (قوله لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما) أقول الأصل في أمثاله تعلقه بالمضاف على ما بين ثم الحل على التأسيس خير من التأكيده فتأمل

لا يعض فيكون تقدير كلامه وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لافي المعين لابي يوسف رحمه الله أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراصا على القسمه لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدم معنى القسمه وهو الافراز أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح وأما (٣٤) في النصيب الآخر فلا بد من الرجوع بمحضه في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين فان

باستحقاق بعض معين يبقى الافراز قيميا وراءه لكنه يتخير ان شاء نقض القسمه من الاصل لانه ماضى بها الاعلى تقدير المعادلة وقد فانت ولهما أن معنى الافراز لا يعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما لانه لا يوجب الشروع في نصيب الآخر ولهذا جازت القسمه على هذا الوجه في الابتداء بأن كانت دار نصيبين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضا فاقسما الاثنين على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر وإذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشائع في النصيبين فانه لو بقيت القسمه لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين أما ههنا فلا ضرر للسحق

لا ييوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمه وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بمحضه في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما أن معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمه على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقسما على أن لأحدهما مالهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شئ معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمه لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين أما ههنا فلا ضرر بالسحق فافترقا

خليفة وأبي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما وهكذا ذكر الاختلاف في الاسرار قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهواً لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرار ابلغ الشائع غير مرة انتهى أقول وتعدية الحوالة بكلمة الى في قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهواً أيضا والمطابق للغة تعديتها بكلمة على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضا نظرا فان قول القدوري وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم ينص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا يعض فيكون تقرير كلامه وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لافي المعين انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلام القدوري ان لم يكن نصا فيما جل عليه المصنف فهو ظاهر فيه بحيث لا يشبهه على أحد من فحول العلماء لان قوله بعينه لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور في هاتين المسئلتين مبهما فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيختل وضع المسئلة وأيضاً لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب أحدهما كان مجرداً دائماً كبدل صار بمنزلة اللغو في مثل هذا النقص وأما اذا كان متعلقا ببعض يكون تأسيساً مفيداً للراد من غير اللامهم فاني هذا من ذلك على أن الاصل في أمثال هذا التركيب تعلق الفيد بالمضاف دون المضاف اليه كما بين في محله فبين أن كلام القدوري ظاهر فيما جل عليه المصنف وقد تقرر في علم الاصول أن الظاهر بوجوب الحكم قطعا كالنص على أحد معني القطعي وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل الا أن التفاوت بينهما أي بين الظاهر والنص انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه (قوله لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله) قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة أعني قوله والقسمه بدون رضاه باطله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراصا على القسمه لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى وما أخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غايه البيان عن الامام علاء الدين الاسيحي حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي وضع المسئلة فيما اذا تراصا على القسمه لانه اعتبر القيمة والقسمه بالقيمة عند أبي خليفة لان نص الاعن تراص انتهى وأورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لان موضوع المسئلة فيما اذا تراصا على القسمه حيث

(قوله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراصا على القسمه) أقول لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي وصورة فانها اذا كانت بفضاء القاضي بطل أيضا اذا لم يرش الغائب على ما يبيح في شرح قوله ولو أبرأه الغرماء (قوله لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي) أقول فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القيمة بقضاء القاضي أيضا بل اعتبارها فيها كدولها لو كان بالغين الفاحش في أحد الطرفين يفسخ على ما مر في الدرس السابق (قوله فاقسما الاثنين) أقول الظاهر أن يقال فاقسما الاثنين

صاحب المقدم نصفه)
يعني النصف من الثلث
المقدم الذي وقع في نصيب
أحدهما ثم استحق النصف
الثاني رجوع ربع ما في يد
الآخر عندهما لئلا يكره
يعني من قوله لانه لو استحق
كل المقدم رجوع بنصف
ما في يده الى قوله اعتباراً
للجزء بالكل وسقط خياره
بيسع البعض في فسخ
القسمه لان الفسخ انما يرد
على ما ورد عليه القسمه
وقد فات بعض ذلك بالبيع
وعند أبي يوسف رحمه الله
ما في يد صاحبه بينهما
نصفان ويضمن قيمة نصف
ما باع لصاحبه لان القسمه
تنقلب فاسدة عنده
فيقتسمان الباقي بعد
الاستحقاق وقوله (والمقبوض
بالعقد الفاسد) جواب عما
يقال ينبغي أن ينقض
البيع لانه بناء على القسمه
الفاسدة والبناء على الفاسد
فاسد ووجهه أن القسمه
في معنى البيع لوجود
المبادلة وإذا كانت فاسدة
كانت في معنى البيع
الفاسد والمقبوض
بالعقد الفاسد مملوك
فينفذ البيع فيه وهو
مضمون بالقيمة لتعذر
الوصول الى عين حقه
لمكان البيع فيضمن نصف
نصيب صاحبه

(قال المصنف لان القسمه
تنقلب فاسدة عنده) أقول

وصورة المسئلة إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتا مسواة ثم
استحق نصف المقدم فعندهما أن شاء انقضى القسمه دفعا لغير التشفيق وان شاء رجوع على صاحبه
بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجوع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجوع بنصف
النصف وهو الربع اعتباراً للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي شائعاً
رجوع ربع ما في يده الآخر عندهما لئلا يكره وسقط خياره ببيع البعض وعند أبي يوسف ما في يد
صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمه تنقلب فاسدة عنده والمقبوض
بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال

قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي فانها اذا كانت بقضاء القاضي تبطل اذا لم يرض
القائب على ما يجبي في شرح قوله ولو أبرأ الغرماء انتهى أقول ليس ذلك بصحيح اذ لا شك أن القسمه بين
الورثة اذا كانت بقضاء القاضي لا تبطل بعدم رضا القائب الا يرى الى ما مر في الكتاب في أوائل كتاب
القسمه من قوله واذا حضر وارثان وأقاما البيعة على الوفاة وعددا الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث
غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيل لا يقبض نصيبه انتهى ولو بطلت القسمه
بعدم رضا الغائب لما سأل القاضي القسمه في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم ان قوله على ما يجبي
في شرح قوله ولو أبرأ الغرماء ليس بمحو الراجحة اذ لا تنفي في شرح ذلك ما توهم بطلانها سوى قول صاحب
العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمه وقالت الورثة نحن نقضى
حقهم فان القسمه تنقض ان لم يرض الوارث أو الموصى له لان حقه ما في عين التركة فلا ينقل الى مال آخر
الا برضاه ما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمه في صورة ظهور الوارث أو الموصى له انتقاضها في قدر
حقه ما من عين التركة لانه انتقاضها في مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستئناف كما هو قول أبي
يوسف فيما نحن فيه والمراد بانتقاضها بالكلية أيضاً لكن في صورة القسمه بالتراضي دون القسمه بقضاء
القاضي اذ لا تنقض القسمه بالكلية فيما اذا ظهر وارث أو الموصى له اذا كانت القسمه بقضاء القاضي
نص عليه في البدائع حيث قال فيه موجب نقض القسمه بعد وجودها أنواع منها ظهور دين على الميت
اذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواء ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية
لان الموصى له شريك الورثة الا يرى انه لو هلك من التركة شيء قبل القسمه لهلك من الورثة والموصى
له جميعا والباقي على الشريكة بينهم ولو اقتصروا واثرة وارث غائب تنقض فكذلك اذا قال وهذا اذا كانت
القسمه بالتراضي فان كانت بقضاء القاضي لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن
القاضي اذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمه في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء
القاضي اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث حتى لو اقتصموا ثم ظهر أن
ثمة وارثاً آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمه بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا الى هنا لفظه ثم ان
ذلك البعض أورد أيضاً على قول صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيما فلا بد من التراضي حيث قال فيه
بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمه بقضاء القاضي أيضاً بل اعتبارها فيه أكد ولهذا لو كان
بالعين الفاحش في أحد الطرفين تفسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى أقول هذا أيضاً ليس بصحيح
لان القسمه بالقيمة لا تصح عند أبي حنيفة أصلاً الا عن تراض وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ
الاسلام علاء الدين الاسيحياني في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدديان وضع هذه المسئلة كاذباً
من قبل ظاهر من أصل أبي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسئلة
على قول أبي حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويروها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمه الله
يدل على أن وضعها فيما اذا تراضيا على القسمه لا فيما اذا كانت بقضاء القاضي فقوله فان القيمة

قال (ولو وقعت القسمة الخ) ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم يوف الورثة من مالهم ولم يرأ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرة بالدين عبده وهو ذرهم محرم لو ارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي (٣٦) من التركة ما بقي من الدين ورأه ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء

(ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما بقي بالدين ورأه ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو رأه الغرماء بعد القسمة أو أداء الورثة من مالهم جازت القسمة أي تبين جوازها سواء كان الدين محيطا أو غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر له وارث أو الموصى

له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضى حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرث الوارث أو الموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما وعلى هذا لو ادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة ديناً على الميت صح ولو ادعى عيناً لم يصح لان الدين يتعلق بعالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقسام على القسمة ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقسام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركاً ودعوى الخصوص يناقضه ولقائل أن يقول ان لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها اذا صححت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض

معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضاً ان أراد انها معتبرة عند أبي حنيفة في صورة القضاء أيضاً فليس كذلك وان أراد به أنها معتبرة في صورة القضاء أيضاً عند غير أبي حنيفة فلا يجدي شيئاً فان عدم اعتبارها عند أبي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها كعدم الأصابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في أن يكون قسمة أحد الطرفين أكثر من قسمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الذرع أو العدد مما يليق بنحس المقسوم فأبو حنيفة يعتبر في عين القسمة بالقضاء التفاوت في العين بأحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسخ القيمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بان يقال وان اقتسمنا مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الاكثر الغبن الى آخر المسئلة (قوله ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صححت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى أقول في الجواب بحث لانه اذا ثبت الدين بالبيينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهة حيث رضى بها ولا فلزم السعي في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في تطايره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال أنت خير من ان استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البيينة والاولى أن يحجب منع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل انتهى كلامه أقول وأنت خير من ان استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البيينة بل يقول انها صحيحة في الانتهاء بناء على عدم تقرر تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبيينة قال جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لغير ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعي في نقض ما تم من جهته أمر مقرر لا مر له بثبوت الدين بالبيينة وانما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق وذلك لا يدفع السؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض

فصل

ما تم من جهته والجواب انه اذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

(قوله والجواب انه اذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول أنت خير من ان استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البيينة والاولى أن يحجب منع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل

فصل في المهايأة لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض وهي المهايأة وأخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها وأحال أن الترجمة بالباب أولى لأن الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما لسكنها باب من كتاب القسمة ويجوز أن يقال إنها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للشيء ولشيء وقد تبدل الهمزة ألفا وتحقيقه أن كلامهم برضى

(٢٧)

فصل في المهايأة المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبهه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضى كما يجري في القسمة لأن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتأثير يجمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لانه أبلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه أبلغ ولا يبطل التأثير بموت أحدهما ولا بموت الآخر لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف (ولو تهايا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا أسفلها جاز) لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة

والأولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فما لا ينبغي أن يقوم به العاقل فضلا عن مثل ذلك القائل لان الكلام فيما إذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤده سائر الورثة إذا الحكم فيما إذا بقي من التركة بعد القسمة ما يفي بالدين أو أداء الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المقدمة مفصلا

فصل في المهايأة لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وأخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان أصلا والمنافع فرعاً عليها ثم إن المهايأة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للشيء وأبدال الهمزة ألفا فاعلة فيها والتأثير تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر في تراصوا به وحقيقته أن كلامهم برضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايا فلان فلانا وتهايا القوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح (قوله المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه) قال الشراح والقياس بأى جوازها لانها مبادلة المنفعة بجنسها إذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته لكانت كذا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليها إذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبهه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضى إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة لأن القسمة أقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتأثير يجمع على التعاقب ولهذا أى ولكون القسمة أقوى إذا طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لانه أبلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموت الآخر لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم لجواز أن يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف ولو تهايا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا أسفلها جاز لما ذكر في المتن

فما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموت الآخر لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم لجواز أن يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف ولو تهايا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا أسفلها جاز لما ذكر في المتن

فصل في المهايأة (قوله لانها مبادلة المنفعة بجنسها) أقول يعني نسيئة

الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الأول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس بأى جوازها لانها مبادلة المنفعة بجنسها إذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكانت كذا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليها إذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبهه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضى إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة لأن القسمة أقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتأثير يجمع على التعاقب ولهذا أى ولكون القسمة أقوى إذا طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لانه أبلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموت الآخر لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم لجواز أن يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف ولو تهايا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا أسفلها جاز لما ذكر في المتن

فالتأثير في هذا الوجه وهو
أن يسكن هذا في جانب
من الدار ويسكن هذا في جانب
آخر منها في زمان واحد
افراز لمبادلة لتحقيق معناه
فان القاضي يجمع جميع
منافع أحدهما في بيت
واحد بعد أن كانت شائعة
في البيتين وكذلك في حق
الآخر ولهذا لا يشترط فيه
التأقيت ولو كان مبادلة
كان عليك المنافع بالعوض
فيلحق بالاجارة ويشترط
التأقيت قيل (قوله ولكل
واحد أن يستغل ما أصابه)
يجوز أن يكون توضيحا
لكونه افرازاً فإنه اذا كان
افرازاً كانت المنافع حادثة
على ملكه ومن حدثت
المنافع على ملكه جاز أن
يستغل وان لم يشترط في
العقد ذلك وهو ظاهر
المذهب ذكره شمس الأئمة
السرخسي رحمه الله وفيه
نظر لانه لو كان مبادلة كان
كذلك أيضاً والاولى أن
يكون ابتداء كلام لنفي
قول من يقول انه ما اذا
تهايا ولم يشترط الاجارة في
اول العقد لم يملك أحدهما
أن يستغل ما أصابه

(قوله يجوز أن يكون
توضيحا الى قوله ومن
حدثت المنافع على ملكه
جاز أن يستغل وان لم يشترط
في العقد ذلك) أقول
منقوض بالاجارة

والتأثير في هذا الوجه افراز لجميع الانصاء لمبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد أن
يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه

الذات والمنفعة وفي الثاني من حيث المنفعة غيب (قوله والتأثير في هذا الوجه افراز لجميع الانصاء
لمبادلة) ولهذا لا يشترط فيه التأقيت هذا ايضا أنه افراز لانه لو كان مبادلة كان عليك المنافع بالعوض
فيلحق بالاجارة حينئذ فيشترط التأقيت كذا في الشروح أقول لقائل أن يقول ان أريد أنه لو كان
مبادلة من كل وجه كان ملحقاً بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة فهو مسلم
لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازاً من وجه حتى يثبت كونه افرازاً لجميع
الانصاء لجواز أن يكون افرازاً من وجه ومبادلة من وجه بأن يكون افرازاً للنصيب كل واحد منهما
من المنفعة في الناحية التي يسكن هوفها ومبادلة لتخصيصه منها في الناحية الاخرى بنصيب الاخر في
الناحية التي يسكن هوفها كما قالوا في قسمة الاعيان على ما مر في صدر كتاب القسمة أنها لا تعرى عن
المبادلة والافراز لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضاً عما
بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازاً وان أريد أنه لو كان مبادلة ولو وجه كان ملحقاً
بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة بالمنفعة بالعوض
من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيما هو افراز من وجه ومبادلة من وجه قال
صاحب العناية في تعليل قول المصنف والتأثير في هذا الوجه افراز لجميع الانصاء فان القاضي
يجمع جميع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر
انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه ناج الشريعة في شرح هذا المقام أقول فيه نظراً لان جمع المنافع
الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما تقر في
محله فكيف يتمكن القاضي من جمعها فان قلت ليس المراد أن القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه
ما ذكر بل المراد أن القاضي يعتبر جمعها التلا يكون ذلك التأثير بمبادلة فيشترط فيه التأقيت كما أشار
اليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التأقيت قلت اشتراط التأقيت فيه ليس بأصعب من اعتبار
الحال متحققاً حتى يرتكب الثاني لاجل دفع الاول وأيضاً اعتبار الحال متحققاً ليس بأولى وأسهل من
عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا للضرورة حتى يرتكب الاول دون الثاني وترك كثير مما يعتبر في الشرع
لاجل الضرورة شائع في قواعد الشرع ألا يرى الى ما ذكرنا وفيما مر أن القياس بأبي جواز
التأثير لانه مبادلة بالمنفعة مجتهداً وهي لا تجوز عندنا على ما تقرر في كتاب الاجارات لكننا كنا القياس
فيه للضرورة حاجة الناس اليه على أن لزوم اشتراط التأقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الانصاء
في بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك أن لو كان التأثير في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه وأما اذا
كان افرازاً من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التأقيت فيما هو مبادلة من كل وجه
كما قررناه من قبل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط
لحدوث المنافع على ملكه) قال ناج الشريعة فان قلت المنافع في العارية تحدث على ملك المستعير ومع
هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز أن يسترده المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى أقول جواز الاسترداد
قبل مضي المدة ههنا أيضاً متحقق اذ قدم في الكتاب أن لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب
أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لتكون القسمة أبلغ فمع احتمال أن يطلب الآخر القسمة وتبطل
المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهاياة بناء على حدوث
المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة

(ولوتهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما و كذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) ولم يذكر أن هذا افرازا ومبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فاذا كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة فتفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرأ أحدهما بهذه المهايأة واذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر فسمه الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانه لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانما يحرم ربا النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض ور بالنساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في المجلس المختلف كالدرور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاعه لان

(٣٩)

المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معسرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا في قسمة المنافع ولو اختلفا في الثابؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملها كالدار مثلا بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها ولا يطلب أن يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر بأمرهما القاضي أن يتفقا لان لكل واحد منهما حصة فلا ترجح لاحدهما اذا التابؤ في المكان أعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفي الزمان أكل جميع جـوانب الدار في فوته فلا بد من الاتفاق دفعا للحكم فان اختاراه

(ولوتهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما و كذا هذا في البيت الصغير) لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا (ولو اختلفا في الثابؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملها ما بأمرهما القاضي بأن يتفقا) لان الثابؤ في المكان أعدل وفي الزمان أكل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق (فان اختاراه من حيث الزمان ينفرع في البداية) نفيا للتمهة (ولوتهايا في العبدین على أن يخدم هذا هذا العبد والاخر الآخر جازعندهما) لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبراً من القاضي وبالتراضي فكذا المهايأة وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده

الاستعارة (قوله ولوتهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما و كذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) قال صاحب العناية ولم يذكر أن هذا افرازا ومبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى أقول ليس هذا بسديد لانه ان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه أيضا افراز بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس يصحح لأن مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام ألا يرى أن كثير من المسائل المتباينة في الاحكام يعطف بعضها على بعض على أن الثابؤ في العبد الواحد وفي البيت الصغير ثابؤ من حيث الزمان والاحكام في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من أدلة المسائل الاتية سيما من الفرق بين الثابؤ على الاستغلال في دار واحدة والثابؤ على الاستغلال في الدارين وان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه ليس بافراز بناء على لزوم التغير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس يصحح أيضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكره وبالحجة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز والمبادلة فالتثبت بحديث العطف ههنا لا معنى له أصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة فتفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرأ أحدهما وهذه المهايأة واذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر فسمه الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانه لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانما يحرم ربا النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض ور بالنساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على

من حيث الزمان ينفرع في البداية نفيا للتمهة (قوله ولوتهايا في العبدین) واضح وقوله (وقيل عند أبي حنيفة رجه الله لا يقسم) أي قال بعض المشايخ رجه الله عنه وقوله (وهكذا روي عنه) يعني روي الخصافي عنه بمثل ما قال بعض المشايخ

(قوله ولم يذكر الى قوله فكان معلوما) أقول فيه بحث (قوله فان كانت المهايأة) أقول من حيث الزمان (قوله فيما هو مبادلة على الاعيان من كل وجه) أقول قوله من متعلق بالمبادلة لا بالاعيان (قوله فلا يتعدى الى غيره) أقول قبيل اجارة السكنى بالسكنى ليست مبادلة الاعيان فينبغي أن يجوز (قوله وان كانت في الجنس المختلف كالدرور والعبيد يتعين مبادلة من كل وجه الخ) أقول فينبغي أن لا يجوز كاجارة السكنى بالسكنى ثم هو مخالف لقول المصنف بعد أشهر ويعتبر افرازا وجوابه ظاهر فان ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان (قوله بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها الخ) أقول الاولى أن لا يعين المقدم والمؤخر

والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم (ولو تم ما أقيم ما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استخسانا للمساخة في اطعام المالك بخلاف شرط الكسوة لا يساغ فيها (ولو تم ما في دارين على أن يسكن كل واحد منهما ماداراً جازو يجبر القاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحد وقدر قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايط فيهما أصلاً بالجبر لما قلنا وباتراضى لانه يبيع السكني بالسكني بخلاف قسمة رقيقته ما لان يبيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز وحده الظاهر أن التفاوت ينقل في المنافع فيجوز بالتراضى ويجرى فيه جبر القاضي ويعتبر افرأزاً أما بكثر التفاوت (م) في أعيانهم ما اعتبر بمبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التهايط على الركب عند أبي حنيفة وعندهما يجوز) اعتباراً بقسمة الاعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الرابين فانهم بين حاذق وأخرق والتمايط في الركب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايط في الاستغلال فيجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز

خلاف القياس فيما هو بمبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى أقول هذا الذي ذكره مأخوذاً من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومراجع الداراية أيضاً بنوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو أنه قد مر في كتاب الاجارات أن اجارة المنافع يجنسها كاجارة السكني بالسكني واللبس باللبس والر كروب بالر كروب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراده يحرم التساوي عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة وقال المصنف هناك واليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ر بالنساء عند وجود أحد وصفي العلة وهي القدرة مع الجنس مختصاً بمورد النص وهو البيع غير متعد الى غيره لما تم استدلالاً أئتمنا في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بر بالنساء نعم لنادليل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضاً في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه قول الفقهاء قاطبة حتى أشار اليه محمد رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر بمبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت بمبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى أقول وهذا أيضاً مأخوذاً من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضاً أما أولاً فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التهايط من حيث المكان افرأزاً لجميع الانصاء لا بمبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقب ولا يخفى أن التهايط في الجنس المختلف انما يتصور بان انتفع أحد الورثة بأحد الاجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايط من حيث المكان فكيف يتم القول بأن المهايأة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر بمبادلة وأما ثانياً فلانه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف بمبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كاجارة السكني بالسكني وفي العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا أن يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثلاً واحداً فلمراد مثل أن يتهايط على أن يسكن أحدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جداً سيما في مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والاراضى وأما ثالثاً فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت بمبادلة من كل وجه ممنوع اذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة أن قسمة الاعيان مطلقاً لا تعرى عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال غير أن ذلك الغير ان كان من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وان كان أجناساً مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار خشخشة التفاوت في المقاصد اللهم الا أن يقال

وقوله (والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً) قال الكرخي معنى قول أبي حنيفة أن الدور لا تقسم أي ان القاضي لا يقسمها فان فعل جازو على هذا تجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله (لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت) أوجه لبقائه قوله في الاصول بلاتأويل وقوله (ولو تم ما فيهما) واضح

(قوله قوله في الاصول) أقول أي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم الدور (قوله بلاتأويل) أقول على ما ذكره الكرخي

(م) قول صاحب الهداية أما بكثر التفاوت الخ وجد بهما مش الاصل حتى العبارة أما التفاوت فيكثر في أعيانها لان أما بلابها الاسم اه مصححه

(२१)

وقوله (نفقوت المعادلة)
لان الاستغلال انما يكون
بالاستعمال والظاهر أن عمله
في الزمان الثاني لا يكون كما
كان في الاول لان القوى
الجسمانية متناهية
وقوله (ولوزادت الغلة
في نوبة أحدهما) يعني في
الدار الواحدة وقوله (في
نظار الرواية) اخترازا عما
روى عن أبي حنيفة في
الكيسانيات انه لا يجوز
لان قسمة المنفعة تعتبر
بشمة العين وهي عنده في
الدارين لا تجوز للتفاوت
وقوله (لما بينا) اشارة الى
قوله والاعتدال ثابت في
الحال الخ وقوله (اعتبارا
بالتأثير في المنافع) يعني
في الاستخدام الخالص عن
الاستغلال وقوله (لان
التفاوت في أعيان الرقيق
أكثر منه) أي من التفاوت
من حيث الزمان في العبد
الواحد لانه قد يكون في
أحدهما كياسة وحذق
ولباقة يحصل في الشهر
الواحد من الغلة ما لا يقدر
عليه الآخر ثم التأثير في
استغلال العبد الواحد
لا يجوز بالاتفاق ففي
استغلال العبدين أولى أن
لا يجوز وعورض بان
معنى الافراز والتمييز راجع
في غلة العبدين لان كل
واحد منهما يصل الى الغلة
في الوقت الذي يصل اليها
فيه صاحبه فكان كلما باءة
نافع في الخدمة قلما تتفاوت

المراعاة كما هو شأن قسمه الأعيان في الجنس المختلف اعتبر بمبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتأمل (قوله ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة) قال في العناية لأن الاستغلال إنما يكون بالاسمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول لأن القوى الجسمانية متناهية انتهى أقول لقائل أن يقول مقتضى هذا الوجه أن لا يجوز التأبؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال إذا كان الظاهر أن منافعه التي هي أعماله لا تكون في الزمان الثاني كما كانت في الأول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة مع أن التأبؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتأبؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم أقول يمكن أن يجب عنه بأن التأبؤ في العبد على الخدمة إنما جاز ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمه ولا ضرورة في الغلة لأنهم أعيان باقية ترد القسمة عليها فافتراقا وسيجب في الكتاب عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة تنبصر (قوله ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فإلى أن يمنع الجواز) وعرض بأن معنى الإفراز التمييز راجع في الغلة العبدان لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه فكان كالمال في الخدمة وأوجب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الأصح أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت كذا في العناية أقول في الجواب نظرا قد مر في بيان فوت المعادلة في التأبؤ في العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال إنما يكون على حسب الاستعمال فلما قل التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزم أن يقل التفاوت في الغلة أيضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين المسئلتين ولعل هذا هو السر في أن جماعة من الشراح ذكرنا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المسئلتين من قبل الامامين وعزوه إلى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه أصلا فقدر (قوله والتأبؤ في الخدمة جواز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها الكون عينا) هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتأبؤ في المنافع وبيان الضرورة ما سيمد كره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال صاحب العناية ولقائل أن يقول على التأبؤ في المنافع من قبل بقوله لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلمه ههنا ضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجب عنه بأن المذكور من قبل تنتم هذا التعليل لأن عمله الجواز تمذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لأن كل واحد منهما معاملة مستقلة إلى هنا كلامه أقول لا السؤال بشئ ولا الجواب أما الأول فلأن الباطل إنما هو توارد علتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا تواردهما عليه على سبيل البطلان كما تقر في موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول

في الخدمة وأجيب بان التفاوت يمنع من رجحان معني الافراز بخلاف الخدمة لما يتيامن وجهه الاصح ان المنافع في الخدمة قلما تتفاوت

وقوله (والتي تؤدي في الخدمة جواز ضرورة) جواب عن قولهما اعتبارا بالنهاية في المنافع وبيان الضرورة ما نذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها أعيانا فيستغلا نه على طريق الشركة ثم قسمان ما حصل من الغلة ولقائل أن يقول علل جواز التأييد في المنافع بقوله من قبل لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلة هنا ضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على (٣٣) حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور

من قبل تمة هذا التعليل لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لأن كل واحد منهم ماعلة مستقلة وقوله (ولأن الظاهر) وجه آخر لا بطلان القياس ولا يجوز في الدابطين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الأعيان الخ وقوله (ولو كان فخل أو شجر الخ) واضح

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشريعة فأغنا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشريعته مختلف فيها قال (قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطلة) وانما قيد بالثلث والرابع لتبيين محل النزاع لأنه لو لم يبين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع انتهى أقول يرد على ظاهر أن المزارعة بالنصف والخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع أيضا فكيف يبين بالتقيد بالثلث والرابع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه انما قيد بالثلث والرابع مع أنه لا تجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركاً بل ينظر الحديث فإنه جاء في الحديث أنه عليه السلام نهى عن المخاربة فقيل وما المخاربة قال المزارعة بالثلث والرابع وانما خص في الحديث بذلك المكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيهه ما في العناية أن المقصود بقوله انما قيد بالثلث والرابع مقابلة

والتي تؤدي في الخدمة جواز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها أعيانا ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يقاسان (ولا يجوز في الدابطين عنده خلافا لهما) والوجه ما بيناه في الركوب (ولو كان فخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتم با على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب النباتا لا يجوز) لأن الماهية في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فتعذر قسمتها وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والخيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع بالبلد بقدر معلوم استقرار النصيب صاحبه انقراض المشاع جائز

(كتاب المزارعة)

(قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطلة) اعلم أن المزارعة لغة مقابلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع يبيع بعض الخارج وهي فاسدة عند أبي حنيفة وقال هي جائزة لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع

إذا لا يخفى أن المقصود من إيراد العلل المتعددة في أمثال هذا المقام هو التنبيه على أن كل واحدة منهما تصلح لأداة المدعى بالاستقلال بدلا عن الأخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة إلى المطلوب ليسلك الطالب أي طريق شاء وأما الثاني فلأن الظاهر من تعليل المصنف بأحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضوعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما ماعلة مستقلة والبالزمن لا يفيد شيئا منهما المدعى في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على أن استقلال كل واحدة منهما في الاستفادة غير أمثلة التفاوت فلأن القليل في حكم العدم في عامة أحكام الشرع وأما ضرورة تعذر القسمة فلأن الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف ولت شعري ماذا يصنع الشارع المزور في قول المصنف فيما بعد ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة إلى آخره وقد اعترف بأنه وجه آخر لا بطلان القياس وكذا في تقاض ذلك من الأدلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فهل يجعل كل واحدة منهما جزءا لعل لا علة مستقلة والله الموفق للصواب

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج من الأرض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح (قوله قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والرابع باطلة) قال في العناية انما قيد بالثلث والرابع لتبيين محل النزاع لأنه لو لم يبين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع انتهى أقول يرد على ظاهر أن المزارعة بالنصف والخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع أيضا فكيف يبين بالتقيد بالثلث والرابع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه انما قيد بالثلث والرابع مع أنه لا تجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركاً بل ينظر الحديث فإنه جاء في الحديث أنه عليه السلام نهى عن المخاربة فقيل وما المخاربة قال المزارعة بالثلث والرابع وانما خص في الحديث بذلك المكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيهه ما في العناية أن المقصود بقوله انما قيد بالثلث والرابع مقابلة

ولأنه

أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع

(قوله وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول فيه تأمل (قال المصنف انقراض المشاع جائز) أقول نعم لكن تأجيل القرض ليس بجائزا لأن يقال ليس قرضا من كل وجه

ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله (لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) يعني لأنه تخلل فعل فاعل مختار وهو كل الحيوان فيضاف إليه وإذا كان مضافاً إليه لا يضاف إلى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة (ولابى حنيفة رحمه الله ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الخبارة) فقيل وما الخبارة قال المزارعة بالثلث والرابع (ولأنه استتجار ببعض ما يخرج من عمله) فأنها لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة (فتكون في معنى فقير الطحان ولأن الأجر مجهول) على تقدير وجود الخارج فإنه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أفقرة أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خير كان خراج مقاسمة) وهي أن يقسم الامام ما يخرج (٣٣) من الأرض وكان (بطريق المن والصلح) لأنه لو أخذ الكل جاز لأنه

عليه الصلاة والسلام ملكها غنيمة فكان مازكاً في أيديهم فضلاً ولم يبين مدة معاملة وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح إلا بين مسلمين معاملة (وهو) أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح (جائز) فلم يكن الحديث حجة لمحذور ما لم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فإن من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي إلى فرع هو نظيره وهنا ليس كذلك لأن معنى الاجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة قوله (وإذا فسدت عنده) واضح وقوله (والخارج في الوجهين) يعني فيما إذا كان البذر من قبل العامل وفيما إذا كان من قبل رب الأرض وقوله (لأنه غنم ملكه) منقوض بن غصب بذرا فزرعه فإن الزرع له وإن كان غنم ملك

ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتباراً بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فإن المال قد لا يمتد إلى العمل والقوى عليه لا يجد المال فست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهم ما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القرم عاملة بنصف الزوائد لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روى أنه عليه السلام نهى عن الخبارة وهي المزارعة ولأنه استتجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى فقير الطحان ولأن الأجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام أهل خير كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (وإذا فسدت عنده) فإن سقى الأرض وكرهها ولم يخرج شيئاً منه فله أجر مثله) لأنه في معنى اجارة فاسدة وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض وإذا كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه غنم ملكه ولا أثر للأجر كما فصلنا التمسيد بالاطلاق لا مقابلة التمسيد بالقياس يعني أنه قيد بالثلث والرابع ولم يطلق عن القيد بالكمية لأنه قيد بهما القيد المخصوص وهو الثلث والرابع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى (قوله) ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتباراً بالمضاربة) قال تاج السريعة قلت الرجوع في المضاربة يصح لعمال من أحد الجانبين ويعمل من الجانب الآخر فتعقد شركة بينهما ما في الرجوع وهنا كذلك انتهى أقول لم يجز في المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هناك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وهنا جازاً لاسيما في الكتاب أنه إذا كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقر أيضاً مال وقد اجتمع مع العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتباراً بالمزارعة مطلقاً بالمضاربة فتأمل (قوله) لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل لأنه أي الزوائد على تأويل الزائد انتهى أقول هذا تعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مسامحة أن يحمل الضمير في قوله لأنه على الشأن كما لا يخفى (قوله) ومعاملة النبي عليه السلام أهل خير كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض عشرين خير من أرض العرب أه أقول كون خير من أرض العرب ممنوع كيف وقد تقرر في الباب المذكور أيضاً أن أرض العرب لا يقرأ أهلها عليها على الكفر فإن مشركي العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف وقد أقر النبي عليه السلام أهل خير على أراضيهم على الكفر وذروا أرض العرب طولاً وعرضاً في الباب المسد كور في أنقن ذلك في موضعه لعل يحكم بأن خير ليست من أرض العرب (قوله) والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه غنم ملكه) قيل قوله لأنه غنم ملكه منقوض بن غصب بذرا فزرعه فإن الزرع له وإن كان غنم ملك صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه

(٥ - تكملة ثامن) صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافاً إلى الأمر وقوله (كما فصلنا) إشارة إلى قوله وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض الخ

(قال المصنف ولأن الأجر مجهول أو معدوم) أقول فإن قيل منقوض بالمضاربة والجواب ظاهر (قال المصنف ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خير كان خراج مقاسمة الخ) أقول مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض عشرين خير من أرض العرب فتأمل (قوله) لأن معنى الاجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على الأغلبية بل على وجود معنى الاجارة (قوله) منقوض بن غصب بذرا فزرعه الخ) أقول ويجوز أن يجاب بجمع كون الزرع غنم صاحب البذر فإن الغاصب ملكه بالزرع كما سبق في الغصب

وقوله (الأن الفتوى على قولهما) (٣٤) واضح وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يمكن

فيها من المزارعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش أحدهما الى مثلها غالباً لأنه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله (لأنه) أي لأن عقد المزارعة (عقد على منافع الأرض) يعني إذا كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) يعني إذا كان البذر من قبل رب الأرض والمدة هي الميعار لها أي للمنافع بمنزلة البكيل أو الوزن وقوله (وهو) أي العقود عليه (منافع الأرض) ان كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) ان كان البذر من قبل رب الأرض ففي الأول العامل مستأجر للأرض وفي الثاني رب الأرض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالأعلام وقوله (فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) لأنه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقع اجارة محضه والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم

(قال المصنف والقياس يترك بالتعامل الخ) أقول لكن النص لا يترك به ألا يرى الى ما سبق في باب الربا أن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك

الأن الفتوى على قولهما ما للحاجة الناس اليها واظهر تعامل الامه بها والقياس يترك بالتعامل كافي الاستصناع (ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شرط أحدها كون الأرض صالحة للزراعة) لأن المقصود لا يحصل بدونه (والثاني أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لأن عقداً ما لا يصح الا من الأهل (والثالث بيان المدة) لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي الميعار لها المعتمد بها (والرابع بيان من عليه البذر) قطعاً للزراعة وأما الموقوف عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل (والخامس بيان نصيب من لا بد من قبله) لأنه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد (والثالث أن يخلى رب الأرض بينهما وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد) لفوات التخلية (والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله) لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد باختباره وتخصمه فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافاً الى الأمر كذا في العناية وغيرها أقول النقض غير وارد أصلاً والجواب غير دافع لما ذكرنا من الأول فلان الزرع في الصور المذكورة ليس ببناء ملك صاحب البذر وانما هو غاصب الغاصب اذ قد مر في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب أنه اذا تغيرت العين الموصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك الموصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك بأمثله منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين منه أن البذر بالغصب والزرع بصير ملك الغاصب فيكون الزرع غصاً ملكه قطعاً وأما الثاني فلان محل النقض انما هو قوله لأنه غصاً ملكه وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملاً لنفسه باختياره والآخر عاملاً بامر غيره والكلام في الأول دون الثاني فلا يتم التقريب (قوله الآن الفتوى على قولهما ما للحاجة الناس اليها واظهر تعامل الامه بها والقياس يترك بالتعامل كافي الاستصناع) أقول لقائل أن يقول نعم ان القياس يترك بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجماع على والاجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الاصول فبقى تمسك أبي حنيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الخجارة وهي المزارعة سالماً عما يدفعه فواجبه الفتوى على قولهما ويمكن أن يقال له ما أن يدفع ذلك بحمل المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد اذ قد روي أنهم كانوا يشترون فيه شيئاً معلوماً من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندنا وقد أشار اليه صاحب السكا في حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النص موصوف في المجتهدات صوراً والنصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها وان حملها على ما اذا شرط شرطاً مفسداً فقد روي أنهم كانوا يشترون فيها شيئاً معلوماً من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندنا الى هنا كلامه (قوله والخامس بيان نصيب من لا بد من قبله لأنه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً) أقول لا شك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة فعد بيان نصيب من لا بد من قبله من الشروط من الشروط انما لا يجدي كبير طائل فتأمل (قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) قال كثير من الشراح لأنه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضه والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم انتهى أقول فيه شيء وهو أن القياس كما يابى جواز قياس الاجارة المحضة باجر معدوم يابى جوازها باجر موجوداً اذ قد تقرر في كتاب الاجارة أن القياس

بالادنى وسيجيء أيضاً في فصل الوطء والتظن من كتاب الكراهية لأنه لا يعتبر بالعادة مع النص (قال المصنف لأنه عقد على منافع الأرض) أقول ذكر الضمير الراجع الى المزارعة باعتبار الخبر ولو كونه في معنى أن مع الفعل

وقوله (بيان جنس البذر) وجه القياس لبصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج من أي نوع ولولم يعلم عسى أن لا يرضى لانه ربما يعطى بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع أولم يفوض بعد أن ينص على المزارعة فانه مفوض اليه قال (وهي عندهما على أربعة أوجه) قيام المزارعة بأربعة أشياء الارض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم امان أن يكون الجميع لاحدهما أولا لا سبيل الى الاول لان المزارعة شركة في الانتهاء واذا لم يكن من أحد الجانبين شئ لم تصور الشركة فتعين الثاني وهو اما أن يكون بينهما بالتصنيف أو بإثبات الأكثر والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر

(قال المصنف وهي عندهما على أربعة أوجه) أقول أي المزارعة المستعملة بين الناس أربعة فلا يرد شئ على الحصر (قوله لان المزارعة شركة الخ) أقول ولا يمكن أن تنعقد اجارة أيضا كما لا يخفى

(والشأن ببيان جنس البذر) لبصير الاجر معلوما قال (وهي عندهما على أربعة أوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لان البقرة آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياط ليخط بآلة الخياط

ياي جواز الاجارة مطلقا الكون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجود في الحال لكن جازناها استحسانا لاجل حاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يابى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالظاهر أن يقال بدل قولهم والقياس يابى جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والاجارة المحضة بأجر معدوم فاسد قطعاً ثم أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم علموا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بأنه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والمصنف فترع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال فبإقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء افراده ان عقد المزارعة شركة في الانتهاء وان كان اجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبرا في انعقاد المزارعة فبإقطع هذه الشركة ينقضي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة (قوله وهي عندهما على أربعة أوجه) واعلم أن مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو على منفعة العامل دون منفعة غيره ما من منفعة البقر والبذر لانها استئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا على جوازها في الارض والعامل لورود الشرع به فيها أما في الارض فآثر عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس وأما في العامل فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر وتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فأخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استئجار الاخرين أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تبعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استئجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما وهذا هو الاصل الذي تدور عليه مسائل المزارعة كذا في الشروح وأشار اليه في الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعد ما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو عما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس العمل والبقر من جنس المنظور اليه الاستئجار يجعل كل التعامل استئجار الارض أو رب الارض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئا غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشتراك في الجواز لا يستتبع الاختصاص والفرع الى هنا كلامه أقول فيه خلل لانه جوز في الوجه الاول أن يجعل العامل مستأجر الارض وأن يجعل رب الارض مستأجر العامل ولا مجال فيه للاول بل لا بد أن يكون المستأجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله في هذا الوجه وقد تقرر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما أن البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستأجر هو رب الارض وانما يصح أن يكون العامل مستأجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف في تعليل جواز المزارعة في الوجه الاول لان البقرة آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياط

أن يكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الأول في الكتاب وأن يكون الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه والثاني أيضا على وجهين أحدهما أن يكون الأرض والبذر لآخر وهو الوجه الثاني والآخر أن يكون العمل لأحدهما والباقي لآخر وهو الوجه الثالث وهي جائزة الرابع ووجه كل واحد مذکور في الكتاب وسأوضحه والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جائز أيضا وأعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على أن المزارعة تنعقد بأجرة وتتم شركة وانعقادها بأجرة إنما هو على منفعة الأرض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضي أن لا يجوز في الأرض والعامل أيضا الكفاية جوازها بالنص على خلاف القياس وإنما ورد النص فيه مادون البذر والبقر أما في الأرض فأتى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فانهم تعاملوا بشرط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجرا (٣٦) للأرض ببعض الخارج وأما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع

(وان كان الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدينارهم معلومة (وان كانت الأرض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت) لأنه استأجره للعمل بأجرة المستأجر فصار كما إذا استأجر خياط الخياط ثوبه بديناره أو طبيا بالطين عمره (وان كانت الأرض والبقر والبذر والبذر والعمل لآخر فهي باطلة) وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذلك إذا شرط وحده وصار ككتاب العامل لخياط بآلة الخياط فإنه بمنزلة التصريح بأن المستأجر في هذا الوجه هو رب الأرض والعامل هو الأجير كالخياط (قوله وان كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدينارهم معلومة) أقول فيه نظرا ذلك لأن سلم أنه استئجار الأرض ببعض معلوم كما إذا استأجرها بدينارهم معلومة فإن استئجار الأرض ببعض من بعض من الخارج استئجار ببعض مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استئجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضا وقد صرحوا بأن القياس يقتضي أن لا يجوز المزارعة مطلقا لكونها استئجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكننا جوازها فيما إذا كانت استئجارا لمنفعة الأرض أو العامل استئجارا بالنص والتعامل ولم يجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه فالحق في تعليل جواز هذا الوجه أن يقال لأنه استئجار الأرض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الأمة (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذلك إذا شرط وحده وصار ككتاب العامل) قال في العناية ووجهه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز فكذلك إذا شرط البقر وحده وصار ككتاب العامل إذا شرط البقر عليه والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجار العامل وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه وكذا في

أهل خير والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الأرض فكان حينئذ مستأجر للعامل بذلك فاقصر ناعلي الجواز بالنص فيه ما بقي غيرهما على أصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الأرض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الأرض أو العامل بذلك لكونه مسودا لآخر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استئجار الآخر أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير

متجانسين ولكن المنظور إليه ذلك والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية وجه فهو جنس وما صدر عن غير هافه ووجه آخر فاذ أعرف هذا فاعلمنا في تطبيق الوجهه على الأصل المذكور فاما الوجه الأول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور إليه الاستئجار يجعل كان العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الأرض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فيبطل لأن المشروط شيان غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الأشرف والأصل يجوز أن يستتبع الآخر والفرع ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز فكذلك إذا شرط البقر وحده وصار ككتاب العامل إذا شرط البقر عليه

(قوله وهي جائزة الرابع) أقول أي الوجه المذكور جائزة الرابع (قوله والمذكور من بطلان الرابع) أقول لفظة من بيانية (قوله لأنه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضي أن لا يجوز) أقول يعني أن لا يجوز الاستئجار ببعض الخارج (قوله ولكن المنظور إليه ذلك) أقول كما يستتبعه بقوله ذلك إشارة إلى استئجار الآخر (قوله والمنظور إليه الاستئجار يجعل كان العامل استأجر الأرض) أقول فيه بحث أما أولا فإنه مخالف للشروح وأما ثانياً فإنه مخالف لما صرح به نفسه من أن المستأجر هو صاحب البذر

والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته لتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استتجار العامل وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه وكذلك في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استتجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا وإقائل أن يقول استتجار الأرض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان أرجح ويلزم الجواز ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك بخلاف الله تعالى لا مدخل له في الدليل وانما ذكره لأنه لما أضاف منفعة الأرض إلى قوة في طبعها توهم أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدرى رحمه الله وهما فاسدان وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك وبقي عليه اشكال وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الأرض صارتا مسلمتين إلى صاحب البذر لسلامة الخارج له حكمه وكذلك أن لم يخرج الأرض شيئا لأن عمل العامل بأمره في القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله في الوجهين وثمة وجه آخر لم يذكره أي القدرى وصاحب الهداية جميعا وهو أن يشترك أربعة (٣٧) على أن يكون البذر من واحد والعمل من

آخر والأرض من آخر والبقر من آخر قال محمد رحمه الله في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل ابن أبي جيل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال غنى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجر مسمى وجعل لصاحب العمل درهمان لكل يوم وألقى الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على أحدهما مقصودا به وفيها الخارج لصاحب البذر لأنه تعالى بذره ومعنى قوله الغنى صاحب الأرض لم يجعل له شيئا من الخارج لأنه لا يستوجب أجر مثل

وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلاف الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لأخر فإنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني أن يجمع بين البذر والبقر وأنه لا يجوز أيضا لأنه لا يجوز عند الانفرد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الأرض ويصير مستقر صاحب البذر قابضاً لا اتصالاً بأرضه

الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استتجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا اه أقول في هذا الجواب بحث أما أولاً فلأن البذر إذا اجتمع مع الأرض تعين أن يكون رب الأرض مستأجر أو العامل أجراً فلا يبقى لحديث استتباع الأرض البذر محل لأن المصير إليه للاحتراز عن لزوم استتجار البذر أصالة وإذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استتجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استتجار البذر سواء استتبعته الأرض أم لا فلم يكن للاستتباع تأثير في هذه الصورة قط وأما ثانياً فلأن قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استتجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استتجار كل من جاني رب الأرض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مراراً أن البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لأن يكون مستأجر إلا أن خرفا الوجه في الجواب أن يقال إذا شرط البذر والبقر على رب الأرض كان استتجار العامل لا غيراً أصلاً فكان صحيحاً قطعاً وأما إذا لم يشترط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استتجار الأرض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للاول لعدم التجانس كما بين في وجه ظاهر الرواية فكان باطلا لعدم ورود الشرع لاستتجار البقر أصالة ببعض من الخارج فتدبر (قوله وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية

الأرض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهمان لأن ذلك كان أجراً مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوماً من أجر العامل

(قال المصنف لأنه يتم شركة بين البذر والعمل) أقول لم يقل يتم شركة بين البذر والأرض وبين البذر والبقر لأن الشركة غير معتادة بين البذر من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والعمل من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والأرض من جانب أما البذر من جانب والعمل من جانب وزرع في أرض مباحة فهو معهود ولاجل هذا خص البذر من جانب والعمل من جانب ومع كونه معهوداً لا يجوز لعدم ورود الشرع بهذا العمل الاوّل أن يقال انما لم يقل كذلك لأن المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عندهما كالمضاربة فليتأمل (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض) أقول وفيه بحث فإن أمور المسلمين تحمل على الصلاح ما أمكن (قوله وبقي عليه اشكال) أقول يعني على الرواية الاولى (قوله وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر ويستوجب عليه أجره حقه الخ) أقول لا بد من التأمل أنه لم لا يحكم بأجره مثل العامل مع أنه قال يتم شركة بين البذر والعمل (قوله ويجعل لصاحب الفدان أجراً) أقول الفدان البقر الذي يحث به على وزن الفاعل بالتشديد

وقوله (اعتبار العرف فيما ينص عليه المتعاقدان) فان العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاستنباه واجب وقوله (والتبّع يقوم بشرط الاصل) يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما اشتراطهما فيه نصا كان التبّع وهو التبن مشتركا بينهما أيضا باعتبار الاصل وان لم يذكر فيه الشركة فكان معناه والتبّع يتصف بصفة الاصل وقوله (لانه حكم العقد) يعني أنهم لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب للعقد فاذا نص عليه كأنما صرحا به وهو موجب للعقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء وأما اذا شرط التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه لا يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك بشرط يؤدي الى قطع الشركة بأن يخرج الا لتبّن وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) المزارعة إما أن تكون صحيحة أو فاسدة فان كانت (٣٩) صحيحة فاما ان أخرجت الارض شيئا أو لم

تخرج فان أخرجت فانخرج على ما شرط الصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم يخرج فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة يعني في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة أجاب بقوله وان كانت المزارعة اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل عن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلك العين قبل التسليم فانه على المستأجر أجر المثل كما لا يمكن هذا امثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وأجيب بأن الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض

(وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب) لانه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا لتبّن (وكذا اذا شرط لتبّن نصفين والحب لاحدهما بعينه) لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرض لتبّن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم ان التبن يكون لصاحب البذر) لانه غناه بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلج رحمه الله التبن بينهما أيضا اعتبار العرف فيما ينص عليه المتعاقدان ولانه تبّع للحب والتبّع يقوم بشرط الاصل (ولو شرط الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لانه حكم العقد (وان شرط التبن للاخر فسد) لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا لتبّن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل) لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان أجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال (واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر)

عدم ذكر أجر الفدان على التعيين بناء على عدم جزم الراوي بعين الاجر الذي جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الفدان فقال وجعل لصاحب الفدان أجر مسمى يعني جعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم أجر اسماء ولكن لا أجر بمخصوصه كما أجر بمخصوص ما جعله لصاحب العمل وقوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب لانه عسى تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا لتبّن) أقول في هذا التعليل قصور اذ على تفقد رافع الحب أيضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الاصل المقرر المبني عليه المسائل الانية كما ترى فالاولى في تعليل هذه المسئلة أن يقال لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله في تعليل المسئلة الانية المتصلة بها وكان صاحب الكافي يتبع لما قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية هنا وجمع المسئلتين في تعليل واحد فقال وكذا لو شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب أو شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى (قوله واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل) أقول عبارة الكتاب

الاصل قبض الفرع والاجر العين اذا هلك بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين أن يخرج الارض وأن لا يخرج في وجوب أجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا تفوت بعدم الخارج فان أخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر

(قال المصنف وكذا اذا شرط لاحدهما التبن) أقول ان كان المراد من أحدهما الاحد العين وهو غير صاحب البذر فسلم ولكن ظاهر التقرير بآبائه وان كان ما بعينه له واصحاب البذر ففساده ممنوع مطلقا فان التبن غناء البذر فالشرط حينئذ حكم العقد على ما سيحكي فلا يدل التعليل الذي ذكره على فساده وان كان المفسد قطع الشركة فيما هو المقصود فلا دخل فيه لعدم انعقاد الحب اذ لو انعقد ففسد أيضا كما لا يخفى (قوله وأجيب بان الاجر ههنا الخ) أقول وهذا الجواب لا يتشبه اذا أورد الاشكال بصاحب الارض والبذر والعمل والبقير من المزارع فأمل (قوله والاجر العين اذا هلك بعد التسليم الخ) أقول وفي قول المصنف لان أجر المثل في الذمة اشارة الى أن الاجر في الصور المتقدمة ليس في الذمة وذلك بالتسليم كما لا يخفى

لأنه غامض ملكه واستحقاق الاجر منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبيل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزداد على قدر المشروط له لأنه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له أجر مثله بالغاما بلغة لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمته الا لامل لها قال المصنف رحمه الله (وقد مر في الاجارات) قال صاحب النهاية رحمه الله وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير لأنه ذكر في باب الاجارة الفاسدة من كتاب الاجارات في مسألة ما اذا اسأجر جارا يحمل عليه طعاما بغير منة فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفـيز لأنه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن أجر المثل وهذا بخلاف ما اذا اشترى كافي الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاما بلغة عند محمد رحمه الله لأن المسمى هنا غير معلوم فلم يصح الخط فيه مجموع هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاما بلغة في الاجارة الفاسدة كما هو قوله ما لا في الشركة في الاحتطاب ثم ذكره هنا وقال محمد له أجر مثله بالغاما بلغة الى أن قال وقد مر في الاجارات وذلك يدل على أن مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغاما بلغة وليس كذلك وأجيب بأن هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لأن الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير وان كان البذر (٤٠) من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثله أرضه لأنه استوفى

منافع الارض بعد فاسد فيجب ردها وقد تعذر فيصير الى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزداد على قدر المشروط له من الخارج أولا فهو على الخلاف المار ولوجع بين الارض والبذر حتى فسدت المزارعة كان على العامل أجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لأن البقرة مذكاة في الاجارة لجواز ايراد عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة معني فتعقد المزارعة عليه فاسد ويجب أجر المثل (وقوله هو الصحيح) احتراز عن تأويل بعض أصحابنا رحمه الله

لأنه غامض ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت بقي النماء كله لصاحب البذر قال (ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزداد على مقدار ما شرط له من الخارج) لأنه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله (وقال محمد له أجر مثله بالغاما بلغة لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمته الا لامل لها وقد مر في الاجارات) وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه لأنه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزداد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه (ولو جع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر) هو الصحيح لأن له مذكاة في الاجارة وهي اجارة معني (واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لأن النماء حصل في أرض مملوكة له (وان استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الارض وتصدق بالفصل) لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد المالك في منافع الارض أوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به

ههنا قاصرة عن افادة تمام المراد لان المزارعة الصحيحة كما تكون استيجار للعامل وذلك فيما اذا كان البذر من جانب رب الارض كذلك تكون استيجار الارض وذلك فيما اذا كان البذر من جانب العامل وقوله وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل يفيد حكم الصورة الاولى دون الصورة الثانية بل يدل على كون الحكم في الثانية على خلاف الحكم في الاولى بمقتضى قوله -م ان يخص به الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه فكان الظاهر أن يقال وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء لاحد من المتعاقدين لا يقال علل المصنف قوله وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل بقوله لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره ولما جرى هذا التعليل في صورة استيجار

قال

لقول محمد رحمه الله في الاصل لصاحب البقر والارض أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر أن المراد به أن يجب أجر مثل الارض مكروبة أما البقرة فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بما لا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب أجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تقوم بدونه وقوله (واذا استحق رب الارض الخ) واضح خلا أنه يحتاج الى فارق بين خبث يمكن في منفعة الارض فأوجب التصديق بالفضل وبين خبث يمكن في عمل العامل فلم يوجب ذلك وفي كلام المصنف رحمه الله إشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعني فهو يحتاج اليهم ما على ما جرت به العادة احتياجا لاجل الغاف فكان الخبث شديدا فأورث وجوب التصديق وعمل العامل وهو ابقاء البذر وفتح الجدول ليس بتلك المنابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فألقت البذر في أرض وأمطرت السماء فكان ما يمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك

(قوله ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفـيز الخ) أقول فيه شيء وجوابه أن مقول ذكره زروق والتقدير ذكره (قوله فبمعجم وهذا الذي ذكره في الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاما بلغة ثم ذكر في الاجارات الفاسدة) أقول فيه شيء والظاهر أن قوله ثم ذكره هو من فلم النامخ (قوله لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج الخ) أقول لا يلائم التعليل المذكور من قبله ههنا

قال (واذا عقدت المزارعة) في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما أو غيره وهو لازم في حال دون حال أما بعد القاء البذر في الأرض فإنه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخه الآخر وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضى على العقد لا يضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استأجر رجلا ليدم داره (وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) سوى ما التزمه بالعقد لأنه التزم إقامته العمل وهو قادر عليها (والعقد لازم) من جهته (بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا يفسخ به الاجارة) كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عنده لا يبيع الأرض (فتفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الأرض) (٤١) والبذر من قبله وقد كبر المزارع الأرض فلا شيء له في عمل

الكراب) لان المأثني به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد يقوم به بجزء من الخارج وقد فات (قبل هذا) الجواب (في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لأنه غره في الاستعمال واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة (وقد مر الوجه في الاجارات) وهو قوله لأنه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة أو الاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لأنه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز في الاستحسان يبقى العقد الى أن يستحصل الزرع نظرا للمزارع فإنه في الزرع غير متعدد فلو لم يبق العقد وانتقل الى الورثة ربح القلع والزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الخاق الضرر على غير المتعدي

قال (واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لأنه لا يمكنه المضى في العقد الا يضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر أجيرا ليدم داره (وان امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال (ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كبر المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) قيل هذا في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غره في ذلك قال (واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها في ثلاث سنين

الأرض أيضا فهم منه حكم هذه الصورة أيضا كما كتفي بذكره لانا نقول عبارة المسئلة عبارة مختصر القدوري والمؤاخذة بقصورها في افادة تمام المراد انما ترد على القدر ويرى فالتعليل الذي ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف يدفع عنه التفسير السابق والتمسك بذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور وقامه في صورة استئجار الأرض أيضا ألا ترى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بشكل عن استأجر رجلا بعين فعل الاجير وهلك العين قبل التسليم فإنه يجب على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة صحت والاجر مسمى وذلك الاجر قبل التسليم وأجابوا عنه بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلك بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا انتهى ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتمشى في صورة استئجار الأرض فان رب الأرض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه فلم يتم التعليل المذكور في حق هاتيك الصورة فتعين القصور تأمل (قوله ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كبر المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) لان المأثني به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد يقوم به بجزء من الخارج وقد فات كذا في عامة الشروح وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لأنه استأجر الأرض ليقوم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتكرارا أن البذر اذا كان من قبل رب الأرض فعين ان يكون المستأجر هو رب الأرض والمفروض في مسئلتنا أن يكون البذر من قبل رب الأرض فكيف يتم القول بأن المزارع استأجر الأرض ليقوم العمل فيها لنفسه (قوله واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة) هذا جواب القياس وأما في الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى أن يستحصل الزرع كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والخيرة وقال بعد ذلك في العناية

(٦ - تكملة ثامن) واليه أشار المصنف بقوله (فلو كان دفعها في ثلاث سنين الخ) واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا ثبت الزرع أو لم يثبت ولكنه ذكر جواب النبات في قوله في وجه الاستحسان

(قوله وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل) أقول الظاهر الاطلاق عن هذا القيد فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضا ويكون من الجانب الآخر الأرض فقط (قوله بشرى سوى ما التزمه بالعقد) أقول فيه بحث (قوله لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع) أقول القلع مخصوص بما اذا كان البذر من قبل العامل أما اذا كان من جهة رب الأرض فالقلع اتلاف لما لهم ولا يرتكبه عاقل فوجهه حينئذ لو فسخ العقد يذهب عمله بمجاناة بعد ما ظهر حقه

(فلما ثبت الزرع في السنة الاولى) ولم يذ كر جواب ما لم يثبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق أول المسئلة (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل) لماسيد كر (٤٣) بعيد هذا (واذا فسخت المزارعة بدين فادح) أي ثقل من فدحه الامر

فلما ثبت الزرع في السنة الاولى ولم يستخصد الزرع حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستخصد الزرع ويقسم على الشرط وتنقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيه ما على القياس (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة) لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع (ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل) لما تبين ان شاء الله تعالى (واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها اجاز) كما في الاجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تنقوم بالعقد وهو انما يقوم بالخارج

واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا ثبت الزرع أو لم يثبت ولكنه ذ كر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما ثبت الزرع في السنة الاولى ولم يذ كر جواب ما لم يثبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق أول المسئلة انتهى أقول فيه بحث لان ما ذ كر في أول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرحوا به فاطمة فيدخل فيه ما ثبت الزرع عند موته وما لم يثبت ولا شيء أن مراده بالجواب في قوله ولكنه ذ كر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما ثبت الزرع في السنة الاولى ولم يذ كر جواب ما لم يثبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في أول اطلاق المسئلة ولا رب أن دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان أيضا وعن هذا اختلاف المشايخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة فيه اختلاف المشايخ انتهى (قوله واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها اجاز كافي الاجارة) قال في النهاية ثم هل يحتاج في فسح المزارعة الى قضاء القاضي أو الى الرضا ذ كر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لحقة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضا بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات وبعضهم أخذوا برواية الاصل والجامع الصغير انتهى وقال في العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لحقة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك انتهى أقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للإشارة الى أنه اختار رواية الزيادات أن ذ كر الرواية في الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء أو الرضا وكأن المصنف قد اختار هناك صرح بمحاروابة افتقار الفسخ الى أ. دهمما ولم يكن شيء منهم ما فان المصنف قال هناك ثم قول القه بدوري فسح القاضي اشارة الى أنه يقتصر على قضاء القاضي في النقص وهكذا ذ كر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذ كرنا أنه عذر فالاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي انتهى فنأمل (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) قال في النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلاث ذ كر في الكتاب

أي أثقله (لحق صاحب الارض أحوجه الى بيعها اجاز) الفسخ (كما في الاجارة) والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لحقة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تنقوم بالعقد وهو انما يقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء) وهذا هو الموعد وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا الجواب بهذا التعليق انما يصلح أن لو كان البذر من قبل العامل أما اذا كان البذر من قبل رب الارض فله العامل أجر مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا للارض فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض

وأما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيقوم فاذا منفعه وعمل على رب الارض ويرجع على رب الارض بأجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالة الى مزارعة شيخ الاسلام رحمه الله وفيه نظر (قوله اعتمادا على دخوله في اطلاق أول المسئلة) أقول فيه تأمل فان التعليق بمراعاة الحقين يشمله أيضا فكيف يدخل في اطلاق أول المسئلة وسيجيء في هذا الدرس من الشارح في مسئلة الفسخ بعذر الخ ما يؤيد ما قلناه (قوله لا يحتاج فيه الى ذلك الخ) أقول كافي الاجارة

لان منافع الاجير وعمله انما ياتي يوم على رب الارض بالعقد والعقد انما يقوم بالخارج (فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء) ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صورتين ثلاث ما اذا فسخ بعدما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصل بعد وحكمه ان لا يتبع الارض بالدين حتى يستحصل الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التأخير ان كان اضرا بالغماء لكن التأخير أهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع ببيع الارض ولم يكن هو ظالم في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله (٤٣) قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر

في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكأن بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استثناء مال وليس باستهلاك ولهذا اهلك الاب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملك استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية والله أعلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة الخ) اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك بقي الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصل الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انقضت بانقضاء

فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء (ولو نبت الزرع ولم يستحصل لم يتبع الارض في الدين حتى يستحصل الزرع) لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال (ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع ببيع الارض لم يكن هو ظالم والحبس جزاء الظلم قال) واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصل والنفقة على الزرع عليهم ما على مقدار حقوقهما) معناه حتى يستحصل لان في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصير اليه وانما كان العمل عليهم لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقفل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل أما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه

صورتين منها وهما ما اذا فسخ بعدما كرب الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبت الزرع قبل أن يستحصل ولم يذكر ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض ذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ وكان الشيخ أبو بكر العتاني يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وكان الشيخ أبو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذير استثناء مال وليس باستهلاك الا يرى أن الاب والوصي يملكان زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك مال الصبي واذا كان كذلك كان للمزارع في الارض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعدما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استثناء وليس باستهلاك ولهذا اهلك الاب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملك استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان للعامل لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية انتهى أقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية كلام خال عن التخصيص لانه ان أراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بجميع جدا وقد اعتبر في الصورة

المسئلة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيها بترتبة نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا تسلم له مجاؤها والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكرى الانهار عليهم ما على مقدار نصيبهم ما حتى يستحصل كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله (لان في تبقية الزرع) دليل وجوب الاجر وجه ذلك انما لو أمرنا العامل بقطع الزرع عند انقضاء المدة تضرره وان أبقينا به بلا أجر تضرر رب الارض فبقينا به بلا أجر تعدد بلا النظر من الجانبين والعمل عليهم المآذ كفي الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا أجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه أيضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة

(قوله وحكمه ان لا يتبع) أقول اذا لم يبيع لم يفسخ العقد (قوله وان أبقينا به بلا أجر تضرر رب الارض) أقول حيث تكون أرضه مشغولة بملك الغير جبرا

فأنفق أحدهما بغير إذن صاحبه فهو متطوع لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره لا يقال هو مضطر لأحياء حقه فلا يوصف بالتبرع لأن تمكنه من الاستئذان من القاضى يمنع الاضطرار (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع) ولو أراد المزارع ذلك مكن منه ويجوز رب الأرض بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وهما يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمختصر في ذلك لم يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الأرض أجيب بأن رب الأرض متعنت في طلب القلع لاتقاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فإنه رد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن (٤٤)

(فان أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضى فهو متطوع) لأنه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك) لأن فيه اضرارا بالمزارع (ولو أراد المزارع أن يأخذ به قلا قيل لصاحب الأرض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بمائة نفقة في حصته لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يحجر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظره وقد ترك النظر لنفسه ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات لأن بكل ذلك يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد نيات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى أن يستحصل الزرع وأبى رب الأرض فلهم ذلك) لأنه لا ضرر على رب الأرض (ولا أجر لهم عما عملوا) لانا أبقينا العقد ونظر الهم فان أرادوا قلع الزرع لم يحجروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا قال (وكذلك أجرة الحصاد والرافع والدياس والتذرية عليهم ما بالحصول فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك أن العقد ينتهي بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذ شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الخلل أو الطعن على العامل وعن أبي يوسف أنه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اخبار مشايخ بلخ

وقوله (ما بينا) اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي الخ (قوله والمالك على الخيارات الثلاث) يعني المذكورة الا أنه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلاهما اذا العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ قال (وكذا أجرة الحصاد والرافع) قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرافع بالفتح والكسر هو أن يرفع الزرع الى البيدر والتذرية تميز الحب من التبن بالريح ولما كان القيد ذكرا هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما يوهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل

الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نيانه فاني بتصور دخول احدهما في الاخرى وان أراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ لكن لا يصلح لان يكون وجهها عدم ذكر تلك الصورة بالكتابة لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن أين يعلم أن حكمها حكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ أو حكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الا خروا الوجه عندي أن المصنف انما لم يذكر تلك الصورة تأسيسا بالامام محمد رحمه الله فإنه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الأرض الا أنه لم يثبت بعد حتى لحق رب الأرض دين فادع حمله أن يبيع الأرض لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيها انتهى (قوله لان المزارع لما امتنع من العمل لا يحجر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظره وقد ترك النظر لنفسه) فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وهما يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمختصر فيما ذكر لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الأرض أجيب بأن رب الأرض متعنت في طلب القلع

هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين قال بفسدها لأنه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذلك المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ما هو من أعمالها وغيره أن كل ما يثبت وينبئ وزيد في الخارج فهو من أعمالها وما لا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعها الى البيدر اذا شرط شيء منها على أحدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى أصحاب الامالى عن أبي يوسف أنها اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا بالاستصناع

(قال المصنف لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي) أقول فيه تسامح فان العقد قد انتهى (قال المصنف لان بكل ذلك يستدفع الضرر) أقول فيه شيء فان قولنا لصاحبها اقلع الزرع الزام الضرر وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التخيير

وقال شمس الأئمة هذا هو الأصح في ديارنا والمصنف جعل الأعمال ثلاثة ما كان قبل الإدراك كالسقي والحفظ وهو من أعمالها وما كان بعد الإدراك قبل القسمة كالخصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالجمل إلى البيت والطنج وأشباههما وما ليس من أعمالها فيكونان عليهما ما لکن فيهما وقبل القسمة (٤٥) على الاشتراك وفيما هو بعدها

على كل واحد منهما ما في نصيبه خاصة ليمتلك كل واحد منها عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه اليه خاصة (والمعاملة قياس هذا) أي المساقاة أيضا على هذه الوجوه وقوله (لأنه مال مشترك) سماء مشتركا بعد القسمة باعتبار ما كان وقبل باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما ألا ترى أن نصيب كل واحد إذا كان معينا في قرية يقال لهم شريك في القرية

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرته من يقول بجوازها ولورود الأحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر إلا أن اعتراض موجبين صوب إيراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة

(قوله وقال شمس الأئمة هذا هو الأصح في ديارنا) أقول وفيه بحث لأن

قال شمس الأئمة السرخسي هذا هو الأصح في ديارنا فالخاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهم ما في ظاهر الرواية كالخصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهم ما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهم ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهم لأنه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الخصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه ولو أراد فصل القصيل أو جذا الثمر بسر أو التقاط الرطب فذلك عليهم لأنهم ما أنهبوا العقد لما عزموا على الفصل والجداد بسر أو فصل كما بعد الإدراك والله أعلم

كتاب المساقاة

(قال أبو حنيفة المساقاة يجز من الثمر باطلة وقال الجائز إذا ذكر مدة معلومة ومسمى جزأ من الثمر مشاعا)

لا تتفاعة بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا ينبغي بذلك كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول إن رب الأرض أيضا ليس بمنعنت في طلب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على تقدير الإبقاء فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا ينبغي بنفقة حصته فليتنامل اه

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لأن المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره إلا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الحاجة إليها أكثر من المساقاة فقد دلت على المساقاة ولأن المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الأئمة كانت الحاجة إلى علمها أمس فقد دلت ولأن تقرير يعانها أكثر من تقرير يعان المساقاة انتهى أقول في تقريره نوع خلل فإنه قال في أوائل كلامه لأن المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف أصلا في جواز المساقاة وليس كذلك قطع إلا أن أباحنيفة لم يجوزها كذا في نفس الكتاب حيث قال قال أبو حنيفة المساقاة يجز من الثمر باطلة وكذا في جوازها كذا في عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرته من يقول بجوازها ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه السلام بأهل خيبر إلا أن اعتراض موجبين صوب إيراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة أقول فيه أيضا شئ وهو أن قولهم ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه السلام بأهل خيبر محل نظر فإن الأحاديث كما وردت في حق المساقاة ووردت في حق المزارعة أيضا من غير فصل سيما الأحاديث الواردة بطرق شتى في قصة أهل خيبر وعن هذا قال المصنف في أوائل كتاب المزارعة وهي بعد في المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة وقال الجائز لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع انتهى وكأن كلامنا في الشرح اطلع على ما في

كونها أصح إما أن يكون رواية أو دابة ولا يصح شئ منهما لأن الروايات والدلائل لا تتعلق بديار دون أخرى ويمكن أن يقال دليل هذه المسئلة العرف وهو يختلف باختلاف الديار والله أعلم

(والمساقاة هي المعاملة) بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو مفهومها الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون لهم معالوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند أبي حنيفة كالمزارعة (٤٦) وبه أخذ زفر وجائزة عند أبي يوسف ومحمد وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة

والمزارعة لا تجوز الا بتبعا له اودلك بان يكون التخليل والكرم في أرض بيضاء تسقى بماء التخليل فيأمر بأن يزرع الأرض أيضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح والجواب أن مساس الحاجة الى تجوزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان ألحقها بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة وقوله (وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا منزلة ادراك الثمر) معناه لو دفع رطبة فدانتهى جذاها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن مازق الله تعالى من بذر فهو بينهما نصفين جاز أنا كان البذر بما يرغب فيه وحده لانه يصير في معنى الثمر للشجر وهذا الآن ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله (غرسا قد علق) أي نبت ولم يبلغ حد

والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا بتبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر بأن شرط ارفعه من رأس الخراج تفسد فجعلنا المعاملة أصلا وجوزنا المزارعة تبعالها كالشرب في بيع الأرض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كافي للمزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لان الثمر لا درا كها وقت معلوم وقما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا اخر يفاد صيفا وبيعوا والانتفاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضى وضعفها تفاونا فاحشوا بخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة

كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أدخل به الآخر كما ترى (قوله والمساقاة هي المعاملة) قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون لهم معالوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية مفهومها اللغوي أعم من الشرعي لاعمته كقولهم صاحب العناية انتهى أقول ليس ذلك بوارد اذا الظاهر أن المراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة بلغة أهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي أعم من مفهومها الشرعي والايضاح أن لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة اذ لا شأن أن أهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف ذلك الراد أيضا بأن المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها اللغوي أعم من الشرعي كما لا يخفى (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) قال في العناية يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة انتهى أقول في هذا التفسير خلل لان الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطا للمساقاة فان شرائط المساقاة أربعة كما نص عليه الامام فاضحان في فتاواه وذكر في النهاية وغيرها أيضا وشرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في أوائل المزارعة فكيف يتم القول بأن شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يصلحه في الجملة حيث قال أي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها وعدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة

الاثمار ظاهر وقوله (بخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه حتى تذهب أصولها وينقطع لانها نباتها وقوله (أو أطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولها (فسدت المعاملة) معناه اذا لم يكن للرطبة جذ معلومة فان كان فهي جائزة كالأطلق في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قبيدين لا غنى عنهم فكان ايجازا محملا

(قوله يعني شرائطها التي ذكرت للمزارعة) أقول فيه بحث

وقوله (لأنها تنمو ما تركت في الأرض) دليل الرطوبة ولم يذ كر دليل التخييل والرطوبة إذا شرط القيام عليها حتى تذهب أصولها - لأنه
 لأنها لذلك فكان غير معلوم وقوله (لا يخرج التمر فيها) أي في الوقت أنه يتأويل المدة قال (وتجوز المساقاة في التخييل والشجر)
 هذا بيان ما تجرى فيه المساقاة وما لا تجرى فيه وخصص الشافعي رحمه الله جوازها بما ورد فيه الأثر من حديث خبير وكان في النخل
 والكرم) ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة يقتضي (٤٧) عموم الحكم ولا نسلم أن أثر خبير

خصه ما لأن أهلها يعملون
 في الأشجار والرطاب أيضا
 واستثنى سلما ذلك لكن
 الأصل في النصوص
 التعليل لاسم على أصله
 فان بابه عنده أوسع لأنه
 يرى التعليل بالعلة القاصرة
 وبكل وصف قام دليل
 التمييز على كونه جامعا بين
 الأوصاف وأما نحن فأننا
 لا نجوز به بالعلة القاصرة
 ويشترط قيام الدليل على
 أن هذا النص بعينه
 معلول وموضعه أصول
 نفسه وقوله (وليس
 لصاحب الكرم) واضح
 وقوله (لما قدمناه) وفي
 بعض النسخ على ما قدمناه
 إشارة إلى ما ذكره في
 المزارعة بقوله (وإذا عرفت
 المزارعة فامتنع صاحب
 البذر من العمل لم يجبر
 عليه الخ) والحاصل أن
 المساقاة لم تشمل على ضرر
 فكانت لازمة من الجانبين
 بخلاف المزارعة فان
 صاحب البذر يلحقه ضرر
 في الحال بالقاء بذره في
 الأرض فلم تكن لازمة من
 جهته ثم عذر صاحب الكرم
 لحوق دين فادح لا يمكنه

لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجعلت المدة (ويشترط تسمية الجزء مشاعا) لما بينا في المزارعة
 أن شرط جزء معين يقطع الشركة (فإن سمي في المعاملة وقتنا يعلم أنه لا يخرج التمر فيها فسدت المعاملة)
 لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج (ولو سمي بمدة قد يبلغ التمر فيها وقد يتأخر عنها اجازت) لانا
 لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فلا يعمل
 أجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فنصار كما إذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما إذا
 لم يخرج أصلا لان الذهاب بأقفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا تنفي لكل واحد منهما
 على صاحبه قال (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال
 الشافعي في الجسد لا تجوز إلا في الكرم والنخل لأن جوارها بالآثر وقد خصهم ما هو حديث خبير ولنا
 أن الجواز للحاجة وقد عمت وأثر خبير لا يخصهم ما لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضا
 ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سمي على أصله (وليس لصاحب الكرم أن
 يخرج العامل من غير عذر) لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير
 عذر) بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه قال (فإن دفع تخلافه ثم مساقاة
 والتميز يريد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو
 استصعد وأدرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزه
 لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقيق الحاجة الى العمل

الاتباع الخ فانه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلا وكونها تبعا فلو كان المراد بقوله والكلام
 فيها كالكلام في المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الأقوال الثلاثة المذكورة أجنبيا كما
 لا يذهب على ذي فطانة (قوله لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجعلت المدة) قال صاحب العناية وقوله
 لأنها تنمو ما تركت في الأرض دليل الرطوبة ولم يذ كر دليل التخييل والرطوبة إذا شرط القيام عليها حتى
 يذهب أصولها - لأنه لأنها لذلك فكان غير معلوم وفي نسخة فكان معلوما انتهى أقول فيه كلام
 أما أولا فلان كون قوله لأنها تنمو ما تركت في الأرض دليل الرطوبة وحدها ممنوع بل يمكن أن يجعل دليلا
 على المجموع لجريانه في المجموع كيف لا ولا شك أن الدليل وهو قوله لأنه ليس لذلك نهاية معلومة يعلم
 المجموع فينبغي أن يتم ذلك الدليل أيضا للمجموع عند ما كان ذلك وأما ثانيا فلان ما ذكره من العذر لعدم
 ذكر المصنف دليل التخييل والرطوبة إذا شرط القيام عليها حتى يذهب أصولها ليس بتمامه أعلى النسخة
 الأولى التي معناها لأنه لا نهاية لذلك أي زمان ذهاب أصولها فكان أي المدة يتأويل الوقت غير معلوم
 فلانه يرد عليه انه انما يفيد تحقق تنكك الصورتين أيضا ولا يتم عذرا لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود
 وأما على النسخة الثانية التي معناها لأنه لا نهاية لذلك فكان معلوما أي كان دليل تنكك الصورتين معلوما
 اظهره فساد جهالة المدة العقد فلم يحتج الى ذكره فلانه يرد عليه أن يقتضي أن لا يذ كر دليل الرطوبة
 أيضا لان حاصل ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغي أن لا يذ كر ذلك أيضا بناء على كونه معلوما فاقام

الايفاء لا يبيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله (ولم يرد به الشرع) لأنها جاوزت بالآثر فيما يكون أجر العامل بعض الخارج
 (قوله ولم يذ كر دليل التخييل والرطوبة) أقول فيه بحث (قوله ويشترط قيام الدليل الخ) أقول زائد على شرط قيام دلالة التمييز بين
 وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم (قوله لحوق دين فادح) أقول بالقاء (قوله وقوله ولم يرد به الشرع لأنها الخ)
 أقول فيه بحث

قوله (واذا فسدت المساقاة) واضح وقوله (والخارج بسر فلا يعمل أن يقوم عليه) جواب الاستحسان إبقاء للعقد دفعا للضرر عنه وأما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين إن شرطا أنصافا لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنقض عتوت أحد المتعاقدين والباقي واضح علم بما ذكرنا نظيره في المزارعة وقوله (وهذا خلافة في حق مالي) جواب عما يقال كان للورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله (والخارج بسر أخضر فهذا الأول) (٤٨) يعني صورة الموت (سواء العامل بالخيار إن شاء عمل كما كان يعمل

لكن بغير أجر لأن الشجر لا يجوز استجاره) وإن أبي خيرا الآخر بين الخيارات الثلاث بخلاف المزارعة في هذا أي فيما إذا انتقضت مدة المزارعة لأن الأرض يجوز استجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا لما ذكره في الكتاب وهو واضح قال (وتفسخ بالاعذار لما ينشأ في الاجارات) يريد به قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود علم إفاصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض إلى آخره (وقد ينشأ وجوه العذر فيها) أي في الاجارة وكلامه واضح

(قال المصنف ويرجعوا بذلك في حصة العامل) أقول قال العلامة الزيلعي في رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجمعيته لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا إذا اختار المضي ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلورجعوا عليه

قال (واذا فسدت المساقاة للعامل أجزمه) لأنه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالزراعة إذا فسدت قال (وتبطل المساقاة بالموت) لأنها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الأرض والخارج بسر فلا يعمل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر (ولو اتزم العامل الضرر بتخبر ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لأنه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة (ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض) لأن فيه النظر من الجانبين (فإن أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة) التي بينها (وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الادراك لأن يكون وارثه في الخيار (فإن أبي ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض) على ما وصفنا قال (واذا انتقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا الأول سواء وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر) لأن الشجر لا يجوز استجاره بخلاف المزارعة في هذا لأن الأرض يجوز استجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا علمها لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال (وتفسخ بالاعذار) لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جلتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والتمر فيسل الادراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضررا يلزمه فتنسخ به ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل لأن في الزامه استجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلزمه فيجعل ذلك عذرا

(قوله ولو اتزم العامل الضرر بتخبر ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر) قال الامام الزيلعي في شرح الكنز وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجمعيته لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا إذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلورجعوا عليه بجمعيته فقط يؤدي إلى استحقاق العامل بالأعمال في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قلت لا اشكال إذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لاجبته كما فهمه هذا العلامة انتهى أقول ما قاله ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فإن عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها كذا وإن شأنا أن نفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما في المزارعة انتهى ولا شك أنها أصريجة في أن ما يرجعون به

بمحضه فقط يؤدي إلى أن العمل يجب عليه ما حتى يستحق المؤنة بجمعيته فقط وهذا خلف لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بالأعمال في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى قلت لا اشكال إذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لاجبته كما فهمه هذا العلامة ثم أقول قوله لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بالأعمال في بعض المدة الخ يعني بعض هذه المساقاة فانهما يتبع استحسانا بخلاف ما إذا انتقضت مدة العقد في المزارعة على ما مر لكن لا أن تقول بقاءها استحسانا كان نظر العامل فإذا التزم الضرر ينتقض العقد صرح به في النهاية

وقوله (فيه روايتان) يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذروه وما يلحقه به ضرره وهما ليس كذلك وفي الاخرى عذروا تأويله ان يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا اما اذا دفع اليه التخليل على ان يعمل فيها بنفسه وبأجرائه فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا (٤٩) في فسخ المعاملة (ومن دفع أرضا

بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين لم يجز ذلك حاصل قبل الشركة لا بعمله (وجميع الثمر والغراس لرب الارض وللغراس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لانه في معنى قفيز الطمان اذ هو استجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها

ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (ومن دفع أرضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين لم يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصل قبل الشركة لا بعمله (وجميع الثمر والغراس لرب الارض وللغراس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لانه في معنى قفيز الطمان اذ هو استجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها

نصف نفقتهم لاجتماعها في تبسرها على خلاف ذلك (قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان) قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذروه وما يلحقه به ضرره وهما ليس كذلك وفي الاخرى عذروا انتهى أقول في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور وخالل اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان احدهما كونه عذرا والآخر عدم كونه عذرا فيؤدي الى كون الشيء طرفا لنفسه ولتقيضه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي ان معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عذرا فيه روايتان احدهما بالاجاب وهو ان يكون عذرا والآخر بالسلب وهو ان لا يكون عذرا خفيثا لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن (قوله وتأويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول فيه أنه انما يكون عذرا من جهته ان لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك وأما اذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا في التركة الاختياري لان التركة الاضطراري انما يكون بسبب عذر مقرر وقد هي مسألة جواز الفسخ بالا عذار رواية واحدة فذكر مسئلتنا هذه بعد ما بيان وقوع الروايتين فيها يدل على ان المراد بترك ترك العمل في قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هو التركة الاختياري لا غير فتأمل (قوله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها لشجر الغراس بل يكون تسليمها لقطعة خشبية وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين فلما لم يكن تسليمها وهي ثابتة وجب رد قيمتها انتهى واقتنى أثره في شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدرابة وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها للشجر بل يكون تسليمها لقطعة خشبية حيث قال فيه بحث اذا لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليمها للشجر انتهى أقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليم الشجر لا محالة بل يكون تسليمها لقطعة خشبية كما قاله هؤلاء الشراح نعم ان قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبية مستدرك لا يجدي طائلا ههنا لان استحقاق الغراس للشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكا له كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط ان يكون

(قوله فانه لو قلع الغراس

(٧ - تكمله ثامن) وسلمها لم يكن تسليم الشجر بل يكون تسليمها لقطعة خشبية ولم يكن مشروطا) أقول فيه بحث اذا لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليمها للشجر ولعل معنى كلام المصنف ان العامل لما غرسه بأمر رب الارض في أرضه صار كأن رب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغراس بايصاله بأرضه مستملا كما به بالعلوق فيها فتعذر الرد لعدم امكان تخليصه من الارض بتمامه كالصبيغ من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول فيه بحث فان تسليم الشجر ليس بالشرط بل لانه كان ملكا للغراس

(وفي تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله في كفاية المنتهى) وهو شرار رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شرأوه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذه العقبة لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقدة لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعني المذكور في الهداية (أصحهما) لأنه نظير من استأجر صباغاً لصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ في أن الغراس لا يجعل الأرض بها سناناً كالصبغ للثوب فإذا فسدت الاجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه وأجر عمله والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونها اتفاقاً في الحال للاتفاق في المال فإن الزراعة انما تكون باتلاف الحب في الأرض للاتفاق بما ينبت منها والذبيح اتلاف الحيوان ٥٠ بازهاق روحه في الحال للاتفاق بلحمه بعد ذلك واعلم أن العراقيين ذهبوا

وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا أصحهما والله أعلم

كتاب الذبائح

الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين تدبر ترشد (قوله وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى) يعني وفي تخريج هذه المسئلة طريق آخر يدل على ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه أي بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق وهو شرار رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شرأوه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذه العقبة لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لا لاعتبار معنى الاستئجار الذي هو في معنى قفيز الطحان انتهى أقول يرد على الصورة الثانية مما ذكره وهي قولهم أو شرأوه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنهم لا تصلح لأن تكون طريق تخريج هذه المسئلة لأن وضع هذه المسئلة على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الأرض فلا يتصور المناصفة في الشجر

كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونها اتفاقاً في الحال للاتفاق في المال فإن المزارعة انما تكون باتلاف الحب في الأرض للاتفاق بما ينبت منها والذبيح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للاتفاق بلحمه بعد ذلك انتهى أقول يتجه على ظاهر ما ذكره ومن المناسبة أنه انما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح اذ الاتلاف في المساقاة والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقرير بالهمم إلا أن يقال جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في أكثر الشرائط والاحكام كما تقرر في مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتموا بذلك وعن

إلى أن الذبيح محظور عقلاً ولكن الشرع أحله لأن فيه اضراً بالحيوان وقال شمس الأئمة هذا عندى باطل لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فقررنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والنظم والسفه وأجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبيح كالكذب والنظم لأن المحظور العقلي ضربان ما يقطع بخرجه فلا يرد الشرع بأباحته إلا عند الضرورة وما فيه نوع تحجيز

من حيث تصور منقعة فيجوز أن يرد الشرع بأباحته ويقدم عليه قبله نظر إلى نفعه كالخماة للإطفال وتداوهم بمخافته (قال) ألم لهم والد الذبيح وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاه السن بالذلهاية الشباب وذكاه النار بالقصر لتمام اشتغالها ومعنى

(قوله أو شرأوه جميع الغراس) أقول منظوريه اذ لا يمكن أن يكون طريق تخريج مسئلة الكتاب لأن الغراس فيها بينهما

كتاب الذبائح

(قوله المناسبة بين المزارعة والذبائح الخ) أقول ينبغي أن يبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة فإنه ذكر بعد كتاب المساقاة ويقول في كليهما إصلاح ما لا ينتفع به بالاكل في الحال للاتفاق في المال (قوله لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام) أقول ولك أن تقول حرمة ما أهل به لغير الله تعالى علمت بالشرع فلا يمنع أن كل ذبائح المشركين قبل ورود الشرع بحرمتها (قوله يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب) أقول لفظة ما بمعنى الذي وقوله يأكل أي يأكله وقوله ذبائح خبر يكون والمعنى الذي كان يأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون ذبائح أهل الكتاب لا ذبائح المشركين

قال (الذكاة شرط حل الذبيحة)

هذا ترى كثيرا من أصحاب معتبرات الفتاوى كالأخيرة والمحيط وفتاوى قاضيان وغيرهما كنفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بامنها وعنونوها بالمعاملة وذكر كل واحد من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبدال كل واحدة منها بذاتها واختصاصها بأحكامها بل يكفي جهة التغير بينهما في الجملة ألا ترى أنهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعاً كما صرحوا به ثم إن الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبيح والذبيح مصدر ذبح إذا قطع الأوداج كذا في السكافي والكفاية اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا إلى أن الذبيح محظور عقلاً لما فيه من إيلاام الحيوان ولكن الشرع أحله قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندنا باطل لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفاهة انتهى وقال في العناية بعد ذكر ذلك أجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبيح كالكذب والظلم لأن المحظور العقلي ضربان ما يقطع بغيره فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظر إلى نفعه كالجماعة للأطفال وتداوهم بما فيه ألم لهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الأئمة السرخسي والجواب المذكور في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر أما الأول فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة وأما الثاني فكذلك يحتاج إلى دليل على أنه كان يأكل من ذبائح أهل الكتاب فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيئاً من الذبيحة إلا بعد البعثة انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج إلى دليل والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الأئمة أن لا يظن به عليه السلام أنه كان يأكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز أنه كان يأكل ذبائح أهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج إليه لكونه مانعاً المستدل لا فلا محل لنظره أصلاً (قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال في غاية البيان وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب لأنه إذا ذكر لفظ قال في أول المسئلة كان يشير به إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري وهنالك تقع الإشارة إلى أحدهما ولهذا لم يذكره في البداية وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال أو يقول قال العبد الضعيف مشيراً به إلى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لأنه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظه قال باضممار الفاعل وأراد به نفسه فهذا أيضاً مثله ولا يلزم تعيين الفاعل ألا ترى أنه عند استناد القول إلى القدوري أو محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند استناده إلى نفسه ولا يخفى هذا الأعلى من لم يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه أقول الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظه قال باضممار الفاعل وأراد به نفسه أن أراد به أنه ذكره في أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيراً بها إلى نفسه فهو قربة بلا مربة فانه إذا ذكره في أول المسئلة كان يشير بها إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري على الأثر المذكور صاحب الغاية وإن أراد بذلك أنه ذكره في غير أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيراً بها إلى نفسه فهو واقع ولكن إذا ذكره في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة أو قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذلك لفظه قال وحدها في مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له راية بأساليب كلام المصنف فالشارح العيني مكابر فيما ذكره هنا

قوله (الذكاة شرط حل
الذبيحة) الذبيح شرط حل
أكل ما يؤكل لحمه من
الحيوان

لقوله تعالى الاماذ كيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الخ استثنى من الحرمة المذكورة فيكون حلالا والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكورة ميتة وهي منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكاة فلا يند منها التميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسملك لان حلهم بلا ذبح ثبت بالنص وكما ثبت بالذبح الخ في الماء كقول يثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنفي عن الطهارة ومنها قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة الارض ينسها يعني أنها اذا يئست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما ان الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب (وهي) يعني الذكاة (اختيارية كالجرح فيما بين اللبة) وهي الصدور والخصيتين واضطرارية وهو الجرح في أى موضع كان من البدن قوله (والثاني كالبدل عن الاول) واضح وانما قال كالبدل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت اشارة البدلية فقال كالبدل (ومن شرطه) أى ومن شرط الذبح أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي فإنه يدعى ملة التوحيد وانما يحل ذبحته اذا لم يذكروا في الذبح اسم عزير والشيخ لقوله تعالى وما أهلك به لغير الله ومن شرطه أن يكون حلالا خارج الحرم كما سيجيء قال (وذبيحة المسلم والكتابي حلال الخ) ذبيحة المسلم والكتابي ذميا (٥٣) كان أو حرى باحلال اذا أتى به مذبحا أو أذا ذبح بالحضور فلا بد من

الشرط المذكور وهو أن لا يذكر غير اسم الله تعالى (وقوله لما تلونا) اشارة الى قوله تعالى الاماذ كيتم ولما استشعر أن يقال الا ماذ كيتم عام مخصوص لخروج الوثني والميرد والمجوسى فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس رضى الله عنهما طعامهم ذبايحهم واستدل بعض على ذلك بأنه لو لم يحل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكاة فائدة فان المجوسى اذا اصطاد سمكة حل أكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على نفي ماعداه (ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية) قيل يعنى يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعنى بقدر على الذبح ويضبطه أى يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم (وان كان) أى الذابح (صبييا أو مجنونا) قال في النهاية أى معنوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية

(قوله لقوله تعالى الاماذ كيتم) فان حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المذكورة فيكون حلالا قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى أقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافى كون الصفة المشتق منها التي هي الذكاة علة للحكم كما لا يخفى على ذى مسكة (قوله وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا) واقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم (عنى بقوله لما تلونا) قوله تعالى الاماذ كيتم وهو في حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم في حق الكتابي من باب اللف والنشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندي أيضا في بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى

سمكة حل أكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على نفي ماعداه (ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية) قيل يعنى يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعنى بقدر على الذبح ويضبطه أى يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم (وان كان) أى الذابح (صبييا أو مجنونا) قال في النهاية أى معنوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية

(قوله والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا) أقول فيه بحث فان الثبوت بالشرع لا ينافى كون المشتق منه علة للحكم وذلك لا يخفى على أحد (قوله ولان غير المذكورة ميتة الخ) أقول فيه بحث (قوله كما ان الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب) أقول فيه أن جعلها مشبهاتها لا يلائم مرام المقام اذا المطلوب اثبات طهارتها (قوله كالكتابي فإنه يدعى ملة التوحيد) أقول فيه شئ فان النصارى مثلية فكيف يدعون ملة التوحيد (قوله ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام) أقول ويمكن أن يقال بل الذي استشعر أن يقال الخطاب في ذكيتم للؤمنين كالخطاب في عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم وما ذكره الشارح لا يخلو عن البعدا يكتفى الظن في أمثاله مع أنه مشترك في خروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبايحهم من الآية الثانية أيضا فأمل (قوله فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى الخ) أقول والحق أنه لا حاجة الى بيان العذر فان اثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزيز (قوله والذبيحة يعنى بقدر على الذبح) أقول فيكون الكلام من باب علمتها ابتناء وما يبردا

شرط بالنص وذلك بالقصد ووجه القصد بما ذكرنا والالقف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي
يفتظم الكتابي والذي والحربي والعربي والتغلي لان الشرط قيام الملة على ما مر

شرط بالنص وهي بالقصد
وجه القصد بما ذكرنا يعني
قوله اذا كان يعقل التسمية
والذبيحة وينضبطة والالقف
والمختون سواء لما ذكرنا
قيل اراد به الايتين
الذ كورتين وفيه نظر لان
عاده في مثله لما تلونا وقيل
اراد به قوله لان حل الذبيحة
يعتمد المسألة وهذا ليس
بمذكور في الكتاب والاولى
أن يجعل اشارة الى الآية
والى قوله ولان به يتميز الدم
النحس من اللحم الطاهر
وعاده في مثله ذلك قيل
انما ذكر الالقف احتراماً
عن قول ابن عباس رضي
الله عنهم افا انه يقول شهادة
الالقف وذبيحته لا تجوز
وقوله واطلاق الكتابي
ينظم كذا ظاهر وقوله
(لان الشرط قيام الملة) فيه
نظر لان وجود الشرط
لا يستلزم وجود المشروط
ويمكن أن يجاب عنه بأنه
شرط في معنى العلة

(قوله ويمكن أن يجاب بأنه
شرط في معنى العلة) أقول
ويجوز أن يجاب أيضاً
بأنه لا مانع بتصور منه حل
ذبيحته اذا أتى سائر الشرائط
غير قضية الملة فاذا لم يكن
مانعاً أيضاً يحل

الاماذ كيتم ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام مخصوص بخروج الوثنى والمراد بالمجوسى فلا يكون
قاطعا في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين أوثوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه أقول فيه
بحث أما ولا فلان لا نسلم ان الخطاب في قوله تعالى الاماذ كيتم عام للكفار بل الظاهر أنه مخصوص
بالمؤمنين كما يدل عليه السياق والسباق في النظم الشريف ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو
قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الانعام الا ما تبلى عليكم غير محلى الصيد
وأنتم حرم ولا شك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم
ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الاماذ كيتم
وقال القاضي البيضاوى وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما تبلى عليكم
فلا حرم يكون الخطاب في حرمت عليكم والاماذ كيتم للمؤمنين خاصة أيضاً فلا يكون مما يعم الوثنى ونحوه
ولئن سلم عموم الوثنى ونحوه أيضاً فلا نسلم أنه من قبيل العام الذى خص منه البعض بل هو من قبيل
العام الذى نسخ بعضه بالخارج الوثنى والمجوسى والمراد من حكمه اذ قد تقرر في علم الاصول أن التخصيص
عندنا انما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام وأن قصره على بعض
ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وأن الذى لا يكون قطعياً انما هو العام
الذى خص منه بعض ما يتناوله دون العام الذى نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعياً فى الباقي بل اريب
ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثانى دون الاول لان الذى يخرج الوثنى ونحوه غير موصول بقوله تعالى
الاماذ كيتم فكان قطعياً فى الافادة ولئن سلم كونه ظاهراً غير قاطع فى الافادة فهو كافى فى افادة المطلوب
هنا بلا حاجة الى ضم شئ آخر اذ قد تقرر في علم الاصول أيضاً أن الدليل الظنى يفيد وجوب العمل وان لم
يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانياً فلان مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله
تعالى الاماذ كيتم بنجعه على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين أوثوا الكتاب حل لكم بان يقال أيضاً
انه عام مخصوص بخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فية قضى أن يضم اليه أيضاً دليل آخر وأما ثالثاً فلان
الضم المذكور انما يفيد فى حق ذبيحة الكتابى دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابى فلزم
أن يبنى الدليل قاصراً عن افادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم الا أن يدعى أن
الدليل الثانى اذا افاد حل ذبيحة الكتابى افاد حل ذبيحة المسلم أيضاً دلالة ثم ان المراد بالاطعام في قوله تعالى
وطعام الذين أوثوا الكتاب ذبائحهم قال البخارى في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل
صاحب السكافى وكثير من الشراح على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذك
فائدة اذ يستوى الكتابى وغيره فيما سوى الذبائح من الاطعمة فان المجوسى اذا اصطاد سمكة حل أكلها
وردد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم
العلم لا يدل على التقي عما سواه اه أقول ليس ذلك بشئ اذ لا يخفى على الفطن أنه ليس مدار استدلالهم
المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على التقي عما سواه بل مرادهم كما بنا دى عليه كلامهم أنه
لو لم يحمل على ذلك لخلا تخصيص أهل الكتاب بالذك في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علواً
كبيراً ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمسك على أصل من لا يقول بمفهوم المخالفة أيضاً
اذ لا يرضى أحد بخلو كلام الله تعالى عن الفائدة (قوله والالقف والمختون سواء لما ذكرنا) اختلف
الشراح فى تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية البيان اراد به الايتين
الذ كورتين وهما قوله تعالى الاماذ كيتم وقوله تعالى وطعام الذين أوثوا الكتاب حل لكم لان الخطاب

قال (ولا تؤكل ذبيحة المجوسى) لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غيرنا حتى نسأهم ولا آكل ذبائحهم ولأنه لا يدعى التوحيد فأنعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال (والمرتد) لأنه لا مله فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابى اذا تحول الى غير دينه لأنه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال (والوثنى) لأنه لا يعتد بالمله قال (والحرم) يعنى من الصيد (وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد) والاطلاق في الحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوى فيه الحلال والحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع اذا الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال (وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل) وقال الشافعى أكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابى في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازى والكلب وعند الرعى وهذا القول من الشافعى مخالف للإجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروكة التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروكة التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضى الله عنهم أنه يحرم ومن مذهب على وابن عباس رضى الله عنهم أنه يحل بخلاف متروكة التسمية عامدا ولهذا قال أبو يوسف والمشايع رجعهم الله ان متروكة التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضى بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للإجماع

وقوله (ولا تؤكل ذبيحة المجوسى) واضح قوله (بخلاف الكتابى اذا تحول الى غير دينه) يريد به من أديان أهل الكتاب أما اذا تمس فسلاتؤ كل ذبيحته قال (وان ترك الذابح التسمية الخ) ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطرارا عامدا كان أو ناسيا قال الشافعى رحمه الله بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلمنا وان رجعهم الله فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل استدلل الشافعى

عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظران عادته في مثله لما نولنا وقال تاج الشريعة أراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة ورده أيضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضا وهذا ليس بعد كور في الكتاب أقول يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة ان ذلك وان لم يكن مذكورا في الكتاب صراحة الا أنه مذكور فيه ضمنيا حيث قال فيما مر ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال صاحب العناية والاولى أن يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك انتهى أقول فيه نظران قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل على كون الذكاة شرط حل الذبيحة ولا يدل على أن أهل الذبح من هو كيف وقيل الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبج الوثنى والمجوسى والمرتد أيضا مع أن أحدا منهم ليس بأهل للذبح قطعا وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستواء الاقلف والمختون في الاهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل اشارة الى ما لا دلالة فيه على ذلك أصلا وهو قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم أقول هنا احتمال آخر أقرب مما ذكرناه هو أن يكون قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة فانه قد علم من ذلك أن مدار حل الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ولا يخفى أن الاقلف والمختون لا يتفاوتان في ذلك فكانا سواء في حكم حل ذبيحتهما تدبر تفهم (قوله وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل) وقال الشافعى تؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين قال صاحب العناية في شرح هذا الحل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطرارا عامدا أو ناسيا قال الشافعى بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلمنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل انتهى أقول كانه حسب أنه أتى في شرح هذا الحل بكلام يحمل جامع لاقسام المسئلة كاه الكنة أخل بحق المقام في تحريمه هذا أما أولا فلان قوله عند الذبح ينافي بتعميم الذبح للاختيارى والاضطرارى كما يقتضيه قوله اختياريا كان أو اضطرارا بالانهم صرحوا بأن كون التسمية عند الذبح انما تشترط في الذكاة الاختيارية وأما في الاضطرارية فيشترط كون التسمية عند ارسال الرعى لا غير وسيجب ذلك في الكتاب أيضا وأما ثانيا فلان قول المصنف والشارح المزبور أيضا فيما بعد وعلى هذا الخلاف اذا

والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء على هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكنهما في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي (٥٦) على المذبح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الاكل لان

الطاعة بحسب الطاقة والمقدوره في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد فرغ على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة قال (ويكره أن يذ كرمع اسم الله تعالى شيئا غيره الخ) المسائل المذكورة ظاهرة وقوله (ومحمد رسول الله بكسر الدال) يشير الى أنه لو قال غير مكسور لا يحرم قيل هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمر تاشي ان خفضه لا يحل لانه يصير ذابجا بماء وان رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد وجهه الله أنه لا يرى الخطأ في النحومعتبر في باب الصلاة ونحوها لا يحرم وقوله (حتى لو قال عند الذبح) اشارة الى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به (ولو قال سبحان الله والحمد لله بريد التسمية حل بلا خلاف) والفرق لا يوجب فرجه الله بين هذا وبين التكبير أن الأمور به ههنا الذكّر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف أي قائمات صففن أيدين وأرجلهن وهناك التكبير وبهذه الاضاط لا يكون مكبرا

ومالك يخرج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكننا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير التسيبان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو أربده بجرئت المحاجة وظاهر الاتقياد وارتفع الخلاف في المصدر الاول والاقامة في حق النامي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة التسيبان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدوره في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعل بقدر عليه حتى اذا أجمع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى وأصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو أجمع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالآخرى كل ولو سمي على سهم ثم رمى بغيره صيد الا يؤكل قال (ويكره أن يذ كرمع اسم الله تعالى شيئا غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل احدها أن يذ كرمع موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره أن يقول باسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية أن يذ كرمع موصولا على وجه العطف والشركة بأن يقول باسم الله واسم فلان أو يقول باسم الله وفلان أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله والثالثة أن يقول مقصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يجمع الذبيحة أو بعده وهذا لا بأس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد عن شهدائك بالوحدة انية ولي بالصلاح والشرط هو الذي كرا الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل

مقام الامسالك في الصوم لذلك انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان مقتضى قوله ان السلف أجمعوا على أن المراد به الذكّر حال الذبح لا غير أن يكون قوله تعالى ولانا كأعمال يذ كراسم الله عليه دالا على ان لا يؤكل المذبح بالذبح الاضطراري أصلا لان ذكرا سم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي لا حال الذبح كأنصوا عليه فكان مما يذ كراسم الله عليه حال الذبح فلزم أن يدخل تحت النهي عن الاكل في الآية المذكورة مع أن حل كل المذبح بالذبح الاضطراري اذا ذكرا سم الله عليه حال الارسال والرمي يجمع عليه بلا ريب وأما ثانيا فلان قوله الا أن الشرع جعل النامي ذا كرا اعذر كان من جهته وهو التسيبان بتأني قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيم كل ما يذ كراسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا لان جعل الشرع الناسي ذا كرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى مما يذ كراسم الله عليه لما كان عامدا وناسيا وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور أيضا فتحقق التنافي بين الكلامين تأمل توقف (قوله ومالك يخرج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه) قال في غاية البيان أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية لان قوله مما يذ كراسم الله عليه يشمل العمدة والتسيبان جميعا لعدم القيد بأحدهما انتهى وقال في العناية استدلال مالك بظاهر قوله تعالى ولانا كأعمال يذ كراسم الله عليه فان فيه النهي بأبلغ وجه وهو أن كيدته عن الاستغراقية عن كل مترك التسمية وهو باطلا لانه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى أقول الظاهر مما ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يخرج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ولانا كأعمال يذ كراسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان عادة في مثله أن يقول ما نلونا فما معنى المخالفة لها هنا وقد مر نظيره هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فلا يظهر عندي أن يكون

(قوله فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد أنه لا يرى الخطأ في النحومعتبر في باب الصلاة ونحوها لا يحرم) أقول ان يجوز ولو أن يكون قصده افادة معنى المرفوع على ما هو المناسب التحسين الظن بالمسلمين وجل أمرهم على الصلاح لا الجور والحرمة لا تنبت بالشك

(ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحجل في أصح الروايتين) والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله انه يجوز ان يصل الجمعة بذلك القدر في احدى الروايتين عنه بان المأمور به هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وهما الذبح والذبح بين الخلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الخلق كله وسطه وأعله وأسفله) وأتى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيان ليس في رواية القدوري وذلك لان في رواية القدوري الذبح بين الخلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحتمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبسة واللجين وهو يقتضي جواز الذبح فوق الخلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللجين وهو دليل ظاهر للامام الرستغفي رحمه الله في حل ما بقى عقدة الخلق مما يلي الصدر ورواية المبسوط ايضا تسانده ولكن صرح في ذبائح الذخيرة أن الذبح اذا وقع أعلى من الحلقة لا يحجل وكذلك في فتاوى أهـ لـ سـ ر قـ نـ لـ انه ذبح في غير الذبح وهو مخالف (٥٧) لظاهر الحديث كآثرى ولان ما بين اللبة

واللجين يجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا يعتبر بالعقدة قال (والعروق التي تقطع في الذكاة الخ) العروق التي تقطع في الذكاة أربعة الخلقوم والمرى والودجان واختلاف العلماء رحمه الله في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي رحمه الله الى الاكتفاء بالخلقوم والمرى وذهب مالك رحمه الله الى اشتراط قطع جميعها وذهب أبو يوسف رحمه الله الى اشتراط قطع الخلقوم والمرى وأحد الودجين رجوع اليه بعدما كان قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله كما ذكره وذكر القدوري انه قول محمد أيضا وقال المصنف

ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحجل في أصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته اللسان عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذا كروا اسم الله عليهما صواف قال (والذبح بين الخلق واللبة) وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الخلق كله وسطه وأعله وأسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللجين ولانه يجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انه اراد الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال (والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الخلقوم والمرى والودجان) لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت

مراده بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحجج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عاداته لان عاداته أن يقول لما نلونا فبما اذا اراد الكتاب وحده وأن يقول لما روينا فيما اذا اراد السنة وحدها فلما أراد مجموعهما هنا أتى بكلمة جامعة فقال ومالك يحجج بظاهر ما ذكرنا يعني قوله تعالى ولانا كوا عملم بذ كرام الله عليه فحدث عدي بن حاتم الطائي اذ لافصل في ظاهر كل منهما كآثرى (قوله لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت) قال تاج الشريعة الفري القطع للاصلاح والافراء القطع للفساد فيكون كسر الهمزة هنا ألقى انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه وأما صاحب العناية فذكر لفظ أنسب بدل لفظ ألقى وقال ولهذا قال المصنف بعده هذا الورود الامر بقره أقول فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر لان صاحب القساموس عم الفري والافراء للاصلاح والافساد بالفرق بينهما حيث قال فراه يفر به شقه فاسدا أو صالحا كفراه وأفرأه انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكره أصلا وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما لأنه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفري حيث قال عن أبي عبيد والفرق بين الافراء والفري أنه قطع للفساد وشق كما يفري الذابح والسبع والفري قطع للاصلاح كما يفري الخرازا لا يتم انتهى فعلى هذا لا يتم قوله لم فيكون كسر الهمزة هنا ألقى اذ لا شك أن الذبح اذا كان من قبيل الافراء دون الفري كان فتح الهمزة هنا هو الايق والانسب ثمن صاحب المغرب قال وقد جاء فري بمعنى أفرى أيضا لأنه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا لا يحجل لكسر الهمزة في الحديث لكونه غير مسموع فيه فضلا عن أن يكون ألقى وأنسب وأما قول المصنف فيما بعد في أثناء تعليل قول محمد ولورود الامر بقره فلعلة جرى منه

(٨ - تكمله فامن) المشهور في كتب مشايخنا رحمه الله ان هذا قول أبي يوسف وحده وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبي حنيفة وأما أبو حنيفة فقد أكتفى بقطع الثلاث أيها كانت وهي ثلاثة أوجه وان قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أفر الاوداج بما شئت والفري القطع للاصلاح والافراء القطع للفساد فيكون كسر الهمزة أنسب ولهذا قال بعده هذا ولورود الامر بقره احتج الشافعي رحمه الله بأنه جمع الاوداج وما تمة الاوداج فدل على أن المقصود به ما يحصل به هرق الروح وهو يقطع الخلقوم والمرى لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو وضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الخلقوم والمرى أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وبما يقتضيه

(قوله لان في رواية القدوري الذبح بين الخلق الخ) أقول فيكون المراد بالخلق في كلام القدوري مبدء

فان الاوداج جمع وأقله ثلاثة فيتناول المرى والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الخلقوم متعذر فثبت قطع الخلقوم بالاقتضاه
وجوابه سيجي واحتج أبو يوسف رحمه الله (٥٨) بان المقصود من قطع الودجين اتهاار الدم فينبوب أحدهما مناب الآخر

وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرى والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالخلقوم والمرى
الا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الخلقوم فثبت قطع الخلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا بحيث
مالك ولا يجوز الا أكثر منها بل بشرط قطع جميعها (وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع أكثرها كذلك
عند أبي حنيفة) وقال لابد من قطع الخلقوم والمرى وأحد الودجين قال رضى الله عنه هكذا ذكر
الفقهاء في الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رجهم الله أن هذا قول أبي يوسف وحده
وقال في الجامع الصغير ان قطع نصف الخلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع أكثر الاوداج والخلقوم
قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه والحاصل أن عند أبي حنيفة اذا قطع الثلاث أى
ثلاث كان يحل وبه كان يقول أبو يوسف وأولنا ترجع الى ما ذكرنا وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد
وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن كل فرد منها أصل بنفسه لا انفصالة عن غيره ولورود الامر بقره
فيعتبر أكثر كل فرد منها ولا ييوسف أن المقصود من قطع الودجين اتهاار الدم فينبوب أحدهما عن
الآخر أكل واحد منهما ما يجري الدم أما الخلقوم فيخالف المرى فإنه يجري العلف والماء والمرى يجري
النفس فلا بد من قطعها ولا يي حنيفة أن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام وأى ثلاث
قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهما اثار الدم المسفوح والتوحية في اخراج
الروح لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام

اذ كل منهما يجري الدم
أما الخلقوم فيخالف المرى
فان المرى يجري العلف
والماء والخلقوم يجري
النفس ووقع في بعض
النسخ بالعكس وليس بجيد
فلا بد من قطعهما وهو
قريب وجوابه سيجي
واحتج محمد رحمه الله بأن
كل فرد منها أصل بنفسه
لا انفصالة عن غيره ولورود
الامر بقره والاكثر يقوم
مقام الكل فيعتبر أكثر كل
من الامور الاربعة وهو
أقرب كما ترى واحتج أبو
حنيفة رحمه الله بأن الاكثر
يقوم مقام الكل في كثير
من الاحكام وأى ثلاث
قطعها فقد قطع الاكثر
منها وما هو المقصود يحصل
بها وهما اثار الدم المسفوح
والتوحية أى التحميل في
اخراج الروح لانه لا يحيا
بعد قطع مجرى النفس
أو الطعام وبهذا يحصل
جواب أبي يوسف

على استعمال فرى بمعنى أفرى أيضا كما ذكر في المغرب ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لان ما ذكره
فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث واختيار منه لعدم الفرق بين الفرى والافراء مطلقا كما ذكره في
القاموس هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرى والودجين
وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالخلقوم والمرى) قال في العناية احتج الشافعي بأنه جمع الاوداج
ومائة الا الودجان فدل على أن المقصود بهما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الخلقوم والمرى لان
الحيوان لا يعيش بعد قطعهما أقول رد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد ما يحصل به زهوق
الروح لكان في قطع واحد من الخلقوم والمرى اذا الحيوان لا يعيش بعد قطع أحدهما أيضا كما لا يخفى
وقد أفصح عنه المصنف في تقرير دليل أبي حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس
أو الطعام مع أن الشافعي لم يقل بكفاية قطع أحدهما بل بشرط قطعهما معا وقال في العناية بعد ذكر
الاحتجاج المسفور وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظ فلان الاوداج دلالة لها على الخلقوم والمرى أصلا
وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه انتهى أقول ما ذكره في وجه
ضعفه لفظ ليس بسديد اذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الاوداج على الخلقوم والمرى بأنه
جمع الاوداج ومائة الا الودجان فدل على أن المقصود بهما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الخلقوم
والمرى فلا معنى بعد ذلك لجردني دلالة ما علم ما بل لابد من بيان محذور كما لا يخفى (قوله الا أنه لا يمكن
قطع هذه الثلاثة الا بقطع الخلقوم فثبت قطع الخلقوم باقتضائه) قال بعض الفضلاء فيه بحث لان
المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل أبي حنيفة جعل الاوداج على الاستغراق حيث
بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فثبت قطع الخلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى أقول
ليس هذا بشئ لان ما سيجي من كلام المصنف في تعليل قول أبي حنيفة وان اقتضى جعل الاوداج
على الاستغراق الا أنه لا يقتضى أن يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل

(قال المصنف فثبت قطع
الخلقوم باقتضائه) أقول
فيه بحث لان المفهوم من
كلام المصنف الذي سيذكره
في تعليل أبي حنيفة جعل
الاوداج على الاستغراق
حيث بنى تعليله على قيام
الاكثر مقام الكل فثبت

ينبت قطع الخلقوم بتناول اللفظ لا بالاقتضاء (قال المصنف وما هو المقصود يحصل بها) أقول أى بقطعها على
حذف مضاف (قال المصنف والتوحية) أقول أى التحميل بالماء المهمة (قال المصنف لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام)
أقول لعل الواو بمعنى أو (قوله وحصل بهذا جواب أبي يوسف) أقول انما يحصل جوابه اذا كان الواو في قوله والطعام بمعنى أو

وبقوله (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحمزا عن زيادة التعذيب) جواب مالك رحمه الله لا يقال الاوداج جمع دخل عليه
الالف واللام وليس ثمة معهود فيصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء لان ما تحتها ليس أفراد حقيقة والانصراف الى
الجنس فيما يكون كذلك وقوله (بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق) قيل يعني أكثر المرخص فيه وهو الثلاثة فان
الاثنين لما كانا باقين كان أكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب (٥٩) الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم

الاكثر فكانه لم يقطع شيئا
وربما لوح الى هذا بقوله
احتياطاً بجانب الحرمة
قال (وبجوز الذبح بالظفر
والقرن والسن الخ) الذبح
بالظفر والقرن والسن
المنزوعة جائز مكره واما كل
الذبح بها لا بأس به وقال
الشافعي رحمه الله هو ميتة
لقوله صلى الله عليه وسلم
كل ما أنهر الدم وأفرى
الاوداج ما خلا الظفر
والسن فأنهم ممدى الحبشة
استثناهما بالاطلاق عما
يجوز أكله فيتناول الحرمة
بالمزوع والقائم ولان الذكاة
فعل مشروع وانهار الدم
بها مطلقاً غير مشروع فلا
يكون ذكاة كغير المزوع
ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام أنهر الدم بما شئت
ويروى أفرى الاوداج بما
شئت وهو باطلاقة يقتضي
الجواز بالمزوع وغيره
الأناتر كنا غير المزوع عما
رواه الشافعي فان فيه دلالة
على ذلك وهو قوله عليه
السلام فأنهم ممدى الحبشة
فأنهم لا يقطعون الاظفار
ويحدون الاسنان
ويقاتلون بالحدش والعض

ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحمزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان
الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطاً بجانب الحرمة قال (وبجوز الذبح بالظفر والسن
والقرن اذا كان منزوعاً حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح) وقال الشافعي المذبح ميتة
لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فأنهم ممدى الحبشة ولانه فعل
غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى أفرى
الاوداج بما شئت ومارواه محمول على غير المزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك

يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة وعلى قطع الرابع أيضاً اقتضاء كما ذكره
ههنا اذ لا شك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة أغنى
العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهمه (قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين
فيكتفى به تحمزا عن زيادة التعذيب) أقول لقائل أن يقول لو كان في قطع الودجين معازاة زيادة التعذيب
وكان في الاكتفاء بقطع أحدهما تحمزا عن غيرها لما كان قطع العروق الاربعة جميعاً في الذكاة أولى عند
أبي حنيفة أيضاً بل ينبغي أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة
مما يجب الاحتراز عنه على ما تقر في كثير من قواعد الفقه مع أنه صرح في الشروح وغيره بأن قطع
الجميع أولى عند أبي حنيفة أيضاً فتأمل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الف واللام
وليس ثمة معهود فيصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحتها ليس
أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال
فيه بحث فانه انما يحتمل على الجنس اذا تعدد رجليه على الاستغراق وههنا ليس كذلك انتهى أقول
ليس لهذا الايراد مساس بالكلام المذكور في العناية اذ لم يقل فيها ان الجمع حمل ههنا على الجنس حتى
يمكن أن يورد عليه أن المعرف بالالف واللام انما يحتمل على الجنس عند رباب علم الاصول اذا تعدد
رجليه على الاستغراق وههنا ليس كذلك بل قال فيها ان ما نحن فيه ليس أفراد حقيقة لان اطلاقه
على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك أي فيما يكون ما تحتها
من أفراد حقيقة فصار حاصله نفي جواز الحمل على الجنس ههنا فلا ينتج عليه الايراد المذكور أصلاً (قوله
وقال الشافعي المذبح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن
فأنهم ممدى الحبشة) أقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعاه
في البعض فان القرن أيضاً داخل في المدعى مع أن الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز كل
المذبح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقى ما عداهما في حكم المستثنى منه
(قوله ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة) أقول فيه بحث لانه ان أراد بقوله أنه فعل غير مشروع أنه
محرم فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسئلة وان أراد بذلك أنه مكره فهو مسلم ولكن لا نسلم أنه لا يكون ذكاة
حينئذ بل هو أيضاً أول المسئلة فانه مكره عندنا ولكنه ذكاة يجوز كل المذبح به كما أفصح عنه
المصنف بقوله حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح فلم يحل هذا التعليل المذكور من قبل

وهذا معنى قوله ومارواه محمول على غير المزوع

(قوله وليس ثمة معهود) أقول قيل لا نسلم أنه ليس ثمة معهود فان العروق التي تقطع بالذبح معلوم معهود (قوله لان ما تحتها ليس أفراد
حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك) أقول فيه بحث فانه انما يحتمل على الجنس اذا تعدد رجليه على الاستغراق وههنا ليس
كذلك كما لا يخفى ثم قوله ليس أفراد أي ليس من أفراد مفردة وقوله حقيقة أي ليس من أفراد حقيقة لان هذا الجمع من باب التغليب

وقوله (ولانه آله جارحة) جواب عن دليله المعقول وتقريره أنا لاناسلم أن أنهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروعة فانه أى كل واحد منهم ما آله جارحة يحصل بها المقصود وهو إخراج الدم فصار كالليطة والجرح والحدود والسكين الكليل وباقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ نفسرها الليطة بكسر اللام قسرها

(٦٠)

ولانه آله جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو إخراج الدم وصار كالجرح والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالنقل فيكون في معنى المتخفة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الاذى ولان فيه اعسار على الحيوان وقد أمرنا فيه بالاحسان قال (ويجوز الذبح بالليطة والمروءة وكل شئ أنهار الدم الا السن القائم والظفر القائم) فان الذبوح به مأمية لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على أنهما مسميتان لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاج في ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول بكره ولم يؤكل قال (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شئ فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره أن يضجعهما ثم يحد الشفرة لما روى عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميم موتات هلا حداثتها قبل أن تضجعهما قال (ومن بلغ بالسكين الخناق أو قطع الرأس كره له ذلك وتوكل ذبيحته) وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والخناق عرق أبيض في عظم الرقبة أما الكراهة فلما روى عن النبي عليه السلام أنه نهي أن تنزع الشاة إذا ذبحت ونفسه ما ذكرناه وقبل معناه أن يحد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل أن ما فيه زيادة بلا م لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره أن يجرم ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وأن تنزع الشاة قبل أن يبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعد ذلك لا يكره الذبح والبيع إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال (فإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقيق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الألم من غير حاجة فصارت كذا أجزاها ثم قطع الوداج (وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال (وما استأنس من الصيد فذكاة الذبح وما توحش من النعم فذكاة العفرو والجرح) لأن ذكاة الاضطراب انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول (وكذا ما تردى من النعم في بئر أو وقع العجز عن ذكاة الاختيار)

بالثقل فيكون في معنى المتخفة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد أردت أن تميم موتات قبل انما يكون ذلك إذا علم المقصود بالذبح أن التحديد لذبحه وليس كذلك لان الذبوح لا عقل له وهو مع كونه سوء أدب ساقط لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس منها والخناق بالفتح والكسر والضم لغة فيه فسر المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة تمتد الى الصلب ورد بان بدن الحيوان من كعب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ومائة شئ يسمى بالخيوط أصلا ثم ذكر المصنف رحمه الله الأصل الجامع في إفادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة ألم لا يحتاج اليه في الذكاة قال (وما استأنس من الصيد) قدم أن الذبح الاضطراب يدل عن الاختيار فلا يصير الى الاول قبل العجز

الشافعي عن المصادرة على المطلوب كما ترى (قوله والخناق عرق أبيض في عظم الرقبة) قال في المغرب الخناق خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والضم لغة في الذكاة ومن قال هو عرق فقد سماها انما ذلك الخناق بالياء يكون في القفا ومنه ينجع الشاة إذا بلغ بالذبح ذلك الموضع فالنجع أبلغ من النجع انتهى وذكر صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كانه حسب أن صاحب النهاية ذكر ما ذكره هنا من عند نفسه حيث قال فسر المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بان بدن الحيوان من كعب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ومائة شئ يسمى بالخيوط أصلا الى هنا لفظ العناية أقول الرد المذكوور مردود لان ما ذكره من العظام والأعصاب والعروق انما هو أعضاء مفردة لبدن الحيوان وله أعضاء أخرى مفردة كالغضروف والرباط والغشامو اللحم والشحم وغير ذلك ومن كبة تركيا أو ليا كالعضل أو ثانيا كالعين أو ثالثا كالوجه ثم الرأس مثلا على

لما

عن الثاني وهذا يخرج ما ذكر في الكتاب

(قوله ورد بان بدن الحيوان من كعب الى قوله وما شئ يسمى بالخيوط أصلا) أقول وفي القاموس الخناق مثلثة الخيط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب

لا يحل الاكل بذكاة
الاضطرار في الوجهين)
يعني ما توحش وما تردى لان
ذلك نادر والنادر لاحكامه
قلنا لان سلم الضرورة وان
كانت فالمعتبر حقيقة
العجز وقد تحقق (وقوله

وفي الكتاب) يريد به القدوري

وكلامه واضح والتحرر قطع
العروق عند الصدر والذبح
قطعها تحت اللجين
والمستحب في الابل الاول
وفي غيره الثاني والعكس
يجوز ويكره لما ذكر في
الكتاب (وقوله لمعنى في
غيره) أى في غير الذبح وهو
ترك السنة (وقوله أشعر)
معناه ثبت شعره من كل
أعشب المكان وكلامه
واضح خلاه لم يجب عن
الحديث الذي استدلاله
لانه لا يصلح الاستدلال لانه
روى ذكاة أمه بالرفع
والنصب فان كان منصوبا
فلا إشكال أنه تشبيه وان
كان مرفوعا فكذلك لانه
أقوى في التشبيه من الاول
عرف ذلك في علم البيان
قبل ومما يدل على ذلك تقديم
ذكاة الجنين كما في قوله
وعيناك عيناها وجسدك
جسدها * سوى أن عظم
السان منك دقيق

فصل فيما يؤكل
ومالا يؤكل

لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة
العجز وقد تحقق فيصار الى البذل كيف وانما لانسلم الضرورة بل هو غالب وفي الكتاب أطلق فيما
توحش من النعم وعن محمد أن الشاة اذا نذت في الصحراء فذكأتها العقر وان نذت في المضر لا تحل بالعقر
لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المضر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعية لانها
يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وان نذت في المضر فيتحقق العجز والصيل كالنذا اذا كان
لا يقدر على أخذها حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل كما قال (والمستحب في الابل التحرفان
ذبحها جازيكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان تحرهما جازيكره) أما الاستحباب فلهو اتفاقية
السنة المتوارثة والاجتماع العروق فيها في المخر وفيها في المذبح والكرهية لخالفه السنة وهي لمعنى في
غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل قال (ومن تحرقاة أو ذبح بقرة فوجع في
بطنها جنيتم ميتا يؤكل أشعرا ولم يشعر) وهذا عند أبي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رجهما
الله وقال أبو يوسف ومحمد رجهما الله اذا تم خلقه كل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة
الجنين ذكاة أمه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذاها
ويتنفس بنفسها وكذا حكمها حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جراثمها
فالخرج في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله أنه أصل في الحياة حتى تتصور حياته
بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بإيجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية
له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو الميزن الدم والعم لا ينحصر بل يخرج الام اذ هو
ليس بسبب خروج الدم عنه فلا يجعل تبعاف حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا
في مقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحري الجواز كى لا يفسد باستئناؤه ويعتق
باعتاقها كى لا يفصل من الحرية ولا رقيق

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل قال (ولا يجوز أكل ذى ناب من السباع ولا ذى مخلب من الطيور)
لان النبي عليه السلام نهى عن أكل كل ذى مخلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع وقوله من
السباع ذكرك عقيب النوعين فينصرف اليه ما في تناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب أو ناب

ما بين كله في كتب الطب فان أراد بقوله ومائة شئ يسمى بالخط أنه ما في الاعضاء المفردة المخصوصة
التي ذكرها شئ يسمى بالخط فهو مسلم لكن لا يجدى شئاً ان لم يقل أحد بأن النخاع من تلك الاعضاء
المخصوصة حتى يلزم من أن لا يسمى شئاً من تلك الاعضاء بالخط أن لا يكون النخاع خطا وان أراد به أنه
ما في أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقا شئاً يسمى بالخط فهو ممنوع جدا كيف ولا شك أن النخاع
من أجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخط منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام ومنها صحاح
الجهوري فانه قال فيه وهو الخط الابيض الذي في جوف الفقار ومنها القاموس فانه قال فيه والنخاع
مثلثة الخط الابيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب في الجتميم الى غير ذلك من
معتبرات كتب اللغة

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول
ذالمقصود الاصل من شرعية الذبائح التوصل الى الاكل وقدم الذبح لان وسيلة الشئ تقدم عليه
في الذكر (وقوله من السباع ذكرك عقيب النوعين فينصرف اليه ما في تناول سباع الطيور والبهائم
لا كل ماله مخلب أو ناب) قال صاحب غاية البيان وهكذا قرر شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط

ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لانه المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشئ تقدم عليه في الذكرك وكلامه واضح وانما ذكر أوصاف السبع
ليبين على ذلك

قوله (كي لا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم) والفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم قال في المبسوط فالمراد بذى الخطفة ما يختطف بجلبه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذى النبهة ما ينتهب بنباه من الارض كالاسد والذئب (قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب) لان لهما نابا يقتلان به فلا يؤكل لجهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتها فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه أنه سئل عن الضبع أصيده فقال نعم فقيل أيؤكل لجه فقال نعم فقيل أنى سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم (٦٣) فقال نعم فلا يكون حجة أجيب بأن حديثنا مشهور ولا يعارضه حديث جابر ان

صح وقد قيل انه كان في الاتسداء ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم الغنائم وابن عرس دويبة والرخم جمع رجة وهو طائر أبلق يشبه التسرى الخلقفة والغنائم ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه وأما الثغراب الأسود والابقع فهو أنواع ثلاثة نوع يلتقط الحبوب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف وهو الذي سماه المصنف الابقع الذي يأكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط بأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند أبي حنيفة مكروه عند أبي يوسف (قوله وكذا الغداف) وهو غراب القيقظ لا يؤكل وأصل ذلك أن ما يأكل الجيف فلهمة نبت من الحرام فيكون خبيثا عاده وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالذجاج والعقور فلا بأس بأكله عند أبي حنيفة وهو الأصح لان النبي صلى الله

والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادية ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بنى آدم كي لا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالا كل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله في اباحتها والجيف ذنوب فيكره والبرنوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا كل الرخم والغنائم لانها ما يأكلان الجيف قال (ولا بأس بغراب الزرع) لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير قال (ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف) وقال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقور (لانه يخلط فأشبهه الدجاجة وعن أبي يوسف أنه يكره لان غالب أكله الجيف قال (ويكره أكل الضبع والنضب والسلفاء والزنبور والحشرات كلها) أما الضبع فلماذا كرنا وأما النضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سأله عن أكله

ثم قال ولنا في هذا التقرير نظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث بأجمعهم بتقديم كل ذى ناب من السباع على كل ذى مخلب من الطيور فلا يتشبه هذا التقرير ولو همت تلك الرواية فتمنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب انتهى أقول قوله لان قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب ليس بتمام لان كونه أقرب انما يقتضى أولوية انصرافه اليه من انصرافه الى أول النوعين الى النوعين جميعا ومدعى الشيخين انصرافه اليه سماعا فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه أن يقال بين النوع الاول بقوله من الطيور وهو يأكل أن يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصر وفا الى النوعين جميعا اذا المتبادر أن يكون كل من البيانيين قيد المسافر به من أحد النوعين مذكورا بازاها الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر (قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادية) قال الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع البهائم انتهى أقول فعلى هذا كان ينبغي للمصنف أن يقول والسبع كل مختطف أو منتهب الى آخر ما ذكره لان قوله والسبع كل مختطف منتهب يشعر باجتماع الاختطاف والانتهاب في كل سبع وهذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى (قوله وكرهوا كل الرخم والغنائم لانها ما يأكلان الجيف) الرخم جمع رجة وهو طائر أبلق يقع يشبه التسرى الخلقفة يقال له الاتوق كذا في الصحاح والغنائم طائر أبيض الى الغبرة تدوين الرجة بطي الطير ان كذا في الصحاح أيضا معزى الى ابن السكيت وقال في القاموس الغنائم مثلثة الاول طائر أغبر انتهى قال جهور الشراح هنا الغنائم ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كذا صافير ومحوها أقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب أما ولا فلانه يتناول ما يؤكل لجه أيضا كالعصافير فانها مما يؤكل لجه بلا خلاف كما صرح به في أوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضخان وأما ناسا فلان كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالغنائم المذكور في الكتاب ما فسر به لزم

عليه وسلم أكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله (أما الضبع فلماذا كرنا) يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني أنه ذنوب وهي

(قوله ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم) أقول قول المصنف كل مختطف منتهب يدل على وجودهما في كل سبع (قوله والغنائم ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه الخ) أقول فيه بحث فانه يصدق على ما يؤكل لجه أيضا كالعصفور (قوله ولم يذكره في الكتاب) أقول قال الزيلعي في شرح الكنز ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو العقور فعلى هذا لا يصح قول الشارح ولم يذكره في الكتاب

(وقوله وهي حجة على الشافعي) يعني نهى النبي صلى الله عليه وسلم وأثنى لتأنيث الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قوي فأخذن نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه وحدث ابن عباس رضي الله عنهما قال أكل الضب على ما نذر رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين أبو بكر رضي الله عنه أجيب بأن الأصل أن الحاضر والمبج إذا تعارض يرجح الحاضر على أن المبج مؤول بما قبل التحريم ولا تؤثر كل الجرا الأهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي إلى إباحته ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشبهاً بما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها سألت عن ذلك فقلت قوله تعالى قل لأحد فيما أوحى إلى محرم الآية وبحديث غالب بن أبيجر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالى إلا حيرات فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك واستدلالاً بحمل أكل الوحشي وهو ضيف أما الآية فلأن يكون قبل حرمه لحم الجمر والدليل على ذلك حرمة الأشياء الحرمية الخارجة عن مدلولها وأما الحديث فلا يعموّل بأكل غيرها وأما الاستدلال فلا من شرطه أن لا يكون الفرع منصوصاً عليه والنص الناهي عن لحوم الجرا الأهلية قائم فبطل القياس قال (وبكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله الخ) كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

(قال المصنف وانما تذكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها) أقول (٦٣) قال العلامة السكاكي أي لأن الضب

من الحشرات فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما إذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير يتناول منه كل الأفراد انتهى وفيه بحث (قوله أما الآية فلأن يكون قبل حرمه لحم الجمر) أقول والدليل عليه أن سورة الأنعام مكينة وفتح خير كان بعد الهجرة (قال المصنف ولا يحنيفة رحمه الله قوله تعالى والخنزير والبغال والحمير ليركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من أعلى منافعها

وهي حجة على الشافعي في إباحته والزيتون من المؤنثات والسحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقية له شيء وانما تذكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها قال (ولا يجوز أكل الجمر الأهلية والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أهدى للمتعة وحرم لحوم الجمر الأهلية يوم خيبر قال (وبكره لحم الفرس عند أبي حنيفة) وهو قول مالك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الجمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولا يحنيفة قوله تعالى والخنزير والبغال والحمير ليركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من أعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

ان لا يتم قول المصنف لانهم ما بالان الجيف نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما قسمه الشراح به هنا فانه قال في ديوان الادب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال في الصحاح قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الا ان شيأ من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسير الما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح أو لا معزى إلى ابن السكيت وما ذكره في القاموس أيضاً بمصر ترشد (قوله وانما تذكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها) قال صاحب معراج الدراية

الخ) أقول قال القاضي في تفسيره واستدل به على حرمة لحومها ولا دليل فيه اذ لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالباً ان لا يقصد منه غيره أصلاً ويدل عليه أن الآية مكينة وعامة المفسرين والمحدثين على أن الجمر الأهلية حرمت عام خيبر انتهى قال السكاكي فان قيل انما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان عطلق النعمة أمالو كان المقصود الامتنان بالنعمة الخصوصية فلا يستقيم هذا لأن سلمنا لكن لا نسلم أن منفعة الاكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة أمأ قوله منفعة الاكل يتعلق بها البقاء في الجملة فسلم لكن غيره يسد مسددها وهو الغنم والبقر وغيرهما أمأ منفعة الركوب والزينة في الخيل فلا يسد غيره مسدده فان الركوب والزينة في الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهماً من الغنمة كالأدنى فينبذ ترك الامتنان في الخيل بالاكل لا يدل على حرمة ترك الامتنان بنعمة الدر والنسل والبيع وحمل الثقل فلنا وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء بل يتعلق برجوع هذه المنافع إلى العباد ومنفعة الاكل بالإضافة إلى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمة على أنا نقول ان الركوب والزينة لا يختص بهذه الأشياء بل يوجد في غيرها وهو البقر والضأن والابل فلا يكون المقصود منها ذكر المنافع الخاصة بها أو منفعة الاكل في الخيل فوق الركوب يتعلق البقاء دون الركوب وأما قوله غيره يسد مسدده في يتعلق البقاء قلنا ذلك لا يخرج كون منفعة الاكل فوق منفعة الركوب والزينة وأما منفعة البيع والحمل فنقد ذكرها دلالة لأنه متى ثبت كونه ركوباً منتفعاً به في ذاته ثبت أنه مال متقوم وحمل للبيع وفيه كلام لا يخفى

ويتن بأذناها ولأنه آله أرهاب العدو فيكرهه كله احتراماً له ولهذا يضرب به بسهم في الغنمية ولأن
في إباحته تقليل آله الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح لأعزهم ثم
قبيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح وأما لبنه فقد قيل لا بأس به لأنه
ليس في شربه تقليل آله الجهاد قال (ولابأس بأكل الأرنب) لأن النبي عليه السلام أكل منه حين
أهدى إليه مشواً وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالآكل منه ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف
فأنشبه الطي قال (واذا ذبح مالا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا أديمه والخزير) فإن الذكاة
لا تعمل فيه ما أدام الأديم فحرمته وكرامته والخزير نجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر
في جميع ذلك لأنه لا يؤثر في إباحة اللحم أصلاً وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً ولا تبع بدون الأصل وصار
كذبح المجوس ولأن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجاسة دون ذات الجلد
واللحم فإذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوس إمامة
في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له ول
يجوز الانتفاع به في غير الآكل قيل لا يجوز اعتبار الآكل وقيل يجوز كالزيت إذا خلطه ولبه الميتة
والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الآكل قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) وقال
مالك وجعاعة من أهل العلم باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان وعن
الشافعي أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الآكل والبيع واحد لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من
غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحمل ميتته ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذا الدموى

أي لأن الضب من الحشرات فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراداه كما إذا قال طيب
لمريض لآكل كل لحم البعير يتناول منه كل أفراداه انتهى واقتفى أثره العيني أقول ليس ذالك بسديد لأن
الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات أغما هو من قبيل أن
ترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضاً من قبيل
أن يترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس أيضاً كما توهمه ذالك
الشارح فالتظاهر أن مراد المصنف هو أنه أغما تكرر الحشرات كلها لأن الضب منها وقد ورد في
كراهة آكله النص فيستدل بكراهة آكله على كراهة آكل سائر الحشرات أيضاً بطريق القياس
لاشترائه كلها في آكله الكراهة ثم أقول ليت شعري لم وقع المصنف في هذا المضيق ولم ينشأ في إثبات
كراهة آكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والظاهر أن الحشرات كلها من الخبائث
فحينئذ يتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب إليه (قوله ثم قيل الكراهة
عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح) قال صاحب العناية في تعليل كون الاول أصح
لأنه روي أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم انتهى
أقول فيه نظر لأن هذا إنما يدل على كون الاول أصح أن لو كان المروي عن أبي حنيفة رحمه الله في
هاتيك المسئلة منصرفاً لفظاً أكرهه فكان بعضهم حله على التحريم وبعضهم حله على التنزيه وليس
كذلك بل المروي عنه فيها لفظان أحدهما لا يعينى أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه وثانيهما
أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم فبني اختلاف القريتين اختلاف اللفظين المرويين عنه كما
صرح به الشراح فاطبة حتى الشراح المزبور نفسه أيضاً حيث قال متصلاً بتعليله المذكور ومبنى
اختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فإنه روي عنه رخص بعض العلماء
في لحم الخيل فأما أنا فلا يعينى أكرهه وهذا يلوح إلى التنزيه وروي عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على
التحريم على ما روي عن أبي يوسف اه تأمل (قوله لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل)

ويتن بأذناها بأنه ترك ذكر
الحمل عليه فينبغي أن لا يحل
الحمل عليه وهو فاسد فإن
السلام في أن ترك أعلى
النعم والذهب إلى مادونه
دليل حرمة الأعلى والحمل
ليس كذلك وقوله (والاول)
يعنى كون الكراهة
للتحريم (أصح) لأنه روي أن
أبا يوسف سأل أبا حنيفة
رحمه الله إذا قلت في شيء
أكرهه فما رأيك فيه قال
التحريم ومبنى اختلاف
المشايخ رحمه الله في قول
أبي حنيفة رحمه الله
على اختلاف اللفظ المروي
عنه فإنه روي عنه رخص
بعض العلماء في لحم الخيل
فأما أنا فلا يعينى أكرهه
وهذا يلوح إلى التنزيه
وروي عنه أنه قال أكرهه
وهو يدل على التحريم على
ما روي عن أبي يوسف
رحمه الله (قوله ولا يؤكل
من حيوان الماء إلا السمك)
واضح

والطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو اذا علا والراد من السمك الطافي الذي يموت في الماء حنف أنفه من غير سبب فيعلاو والجريت نوع من السمك والمارماهي كذلك وقوله (والحجة عليه ماروينا) يعني قوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الخ وقوله (وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها في كفاية المنتهى) منها أنه لو وجد في بطن السمكة سمكة أخرى فأنه تأكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في حب ماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فتن فيها كذلك وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيئا القاء في الماء لتأكل منه فانت (٦٥) منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها وهو في معنى ما انحسر عنه

الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما انحسر عنه الماء فكل وقوله (وفي الموت بالحر والبرد روايتان) احدهما أنها تأكل لانه مات بسبب حادث فكان كالموت بالحر والبرد على اليبس والاخرى أنها لا تأكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت في الغالب وأطلق القدوري رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما لاحد من كرشين الاسلام رحمه الله أنه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يحل وعلى قول محمد رحمه الله يحل والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبيحة خاص والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحي وهي أفعولة وكان أصله أضحية اجتمعت الواو

لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك فلنا قوله تعالى ويحرم عليكم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما لا يحمل على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحمل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال قال (ويكره أكل الطافي منه) وقال مالك والشافعي رحمه الله لا بأس به لاطلاق ماروينا لان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ماروي جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبننا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال (ولا بأس بأكل الجريت والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك لا يحل الجراد الا أن يقطع الاخذ رأسه أو يشويه لانه صيد البر وله ذابيح على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائرته والحجة عليه ماروينا وسئل على رضي الله عنه عن الجراد يأخذها الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كاه كاه وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حنف أنفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لا ناخصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا أنه اذا مات بآفة يحل كالأخوذ واذا مات حنف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها في كفاية المنتهى وعند التامس يلغى البرزعليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما بين وما بين لان موته بآفة وما بين من الحي وان كان ميتا فمات حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله أعلم

(كتاب الاضحية)

أقول الظاهر أن ضمير لهم راجع الى جميع من خالفنا في هذه المسئلة على التفصيل المذكور اذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل أعتنم أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يمتشي على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكلب والانسان كما مر ذلك أيضا اذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل (قوله ولان ميتة البحر موصوفة بالحل للحديث) أقول لا يذهب على القطن أن هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى مالك والشافعي بدون المصير الى اطلاق ذلك الحديث أيضا للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى تحرير المصنف بل ينبغي أن يقال لاطلاق ماروينا واطلاق حديث حل ميتة البحر

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا أقول فيه

(٩ - تكمله ثامن) والياء وسبقت احدهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء ويجمع على أضاحي بتشديد الياء قال الاصحى وفيها أربع لغات أضحية بضم الهمزة وبكسر ها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية (قال المصنف وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر) أقول فيه بحث فان الظاهر أن اضافة ميتة البحر مثل اضافة قتلى الطف في كونها اضافة الى المكان وجوابه ان مراده لا ما مات فيه بغير آفة توفيقا بين الروايتين

(كتاب الاضحية)

(قوله أورد الاضحية عقيب الذبائح لأن الخ) أقول الاول أن يقول أورد الاضحية عقيب الذبائح لانها ذبيحة خاصة

وهذا باوأضحية وجعه أضحي كارتاة وأرطى وقال الفراء الأضحي يذ كرو يؤث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الأضحي وشرائطها استد كرفي أثناء الكلام وسببها الوقت وهو أيام النحر لأن السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذا اصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الأضحية تكرر بتكرار الوقت وهو ظاهر وقد أضيف السبب الى حكمه يقال يوم الأضحي فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببية ذلك وما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقيق السبب لأن الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه (٦٦) وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للأضحية في أول

يوم النحر وإيضاح حق مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيتها ولا تسقط عنه الأضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطاً كما في الزكاة (قوله وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص) أقول في معراج الدراية المراد من قول أصحابنا الأضحية واجبة التضحية أو على حذف المضاف كقوله تعالى الحج أشهر معلومات اذا لافعال توصف بالوجوب لا الاعيان ويحتمل أن يراد حقيقتها لان الاعيان توصف بالحرم فتوصف بالوجوب أيضا انتهى وهذا الكلام منه بعد ما فسر الأضحية في عرف الشرع بما ذكره هذا الشارح ففيه ما ترى ثم اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن

مناقشة هي أنهم ان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في الوجود فهو ممنوع اذا قد تقرر عند المحققين أن لا وجود للعام الا في ضمن الخاص وان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في التعقل فهو انما يكون اذا كان العام ذاتا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن أن يقال تغيير الداعي من العرضي انما يتعسر في الحقائق النفس الامرية وأما في الأمور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخل في مفهوم شيء يصير ذاتا لذلك الشيء ويكون تصور ذلك الشيء بالأمور الداخلة في مفهومه تصورا له بالكنه ولا شك أن معنى الذبح داخل في معنى الأضحية لغة وشريعة فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني تأمل نقف ثم ان بيان معنى الأضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية أما لغة فالأضحية اسم شاة ونحوها تذبح في يوم الأضحي انتهى أقول فيه نوع مخالفة لما ذكر في مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما فان المذكور فيها أن الأضحية شاة تذبح يوم الأضحي ولم يذ كرفي واحد منها عموم الأضحية لشيء من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها في عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العنابة ومعراج الدراية الأضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الأضحي انتهى أقول فيه سماجة ظاهرة فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الأضحي من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الأضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحب الكافي والكفاية هي ما يضحى بها أي يذبح انتهى أقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الأضحي وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك أن الأضحية أخص منها ثم قال صاحب النهاية وأما مشاهير عا فالأضحية اسم حيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضأن والماعز بسن مخصوص وهو النحر في فضاء من هذه الأنواع الأربعة والذبح من الضأن يذبح بنسبة القرية في يوم مخصوص وهو يوم الأضحي عند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال صاحب العنابة وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الأضحي انتهى أقول يرد على ظاهره أن الأضحية في الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان في ذلك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الأضحية وقد لوح اليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي في الشريعة ما يذبح في يوم الأضحي بنسبة القرية وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص فانه لم يفرق بين الأضحية والتضحية انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بحمل الكلام على المسماحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبح نفسه وهذا كما قيل في تعريف

مخصوص للابنة قض التعريف (قوله لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه) أقول باضافته المحم قال أو عكسه (قوله اذا اصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون سببا) أقول أي أن يكون المضاف أو المضاف اليه (قوله حتى مضت أيام النحر ثم افتقر الحج) أقول فيه أن المشتري اذا كان فقيرا حين اشتراها لها ولم يضح حتى مضت الايام فكذلك الحكم في دلالة ما ذكره على مطلوبه بحيث اذا لبس في الفقير قدرة لا يمكنه ولا ميسرة فذلك للاشتراء بنية الأضحية لا القدرة فلين تأمل ثم ظاهر قول المصنف وتفتون بمعنى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والام تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتري شاة في يوم النحر وسبق قول انما شبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصرح في أن الاعتبار فيها هو القدرة الميسرة

والعشر والخارج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يمكن به المرء من إقامته تلك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الإبل تلك النصاب فسدل أن وجوبها بالقدر الميسر لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لأنها وظيفة مالية تنظر إلى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة (٦٧) الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب

التبليك وليس كذلك لأن القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي أن تصدق بالحكم فقد حصل النوعان أعني التبليك والاتلاف بآفة الدم وإن لم يتصدق حصل الأخير وأما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول إلى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى قال (الاضحية واجبة الخ) كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه منصفه أبو يوسف رحمه الله وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازاً عن البدنية كالصلاة والصوم فإنهما يختلفان فيها لأن المسافر يلحقه المشقة في أدائها والعقبة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الإسلام ثم نسخ

(قوله لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر) أقول للسائل أن ينقل الكلام إلى صدقة الفطر فيحتاج إلى جواب حاسم لمادة الاعتراض فليأمل وفي شرح المنار للعلامة ابن فرشته وكذا النصاب ليس بشرط في صدقة

قال (الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وأحمد والرواية عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أنها سنة ذكراً في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن يصحى منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئاً والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجب على المسافر لأنهم لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتبة العلم بمحصول صورة الشيء في العقل أن المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن مخصوص لئلا ينقض التعريف انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه أيضاً بأن قوله حيوان مخصوص يعني عن ذلك القيد الآخر فإن المراد بالمخصوص ما يعبر عنه بالنوع وهو الأنواع الأربعة الأبل والبقر والضأن والمعز والمخصوص السني أيضاً وهو الذي فصاعداً من الأنواع الأربعة المذكورة والجذع من الضأن وحده فلا ينقض التعريف بشيء نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيره لكان أظهر لكنه سلك مسلك الأجل اعتماداً على ظهور تفصيل ذلك في قضايا المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية وأما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الأداء أما شرائط الوجوب فالسائر الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والإسلام والوقت وهو أيام النحر حتى لو ولدت المرأة ولداً بعد أيام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال وأما شرائط الأداء فالوقت ولو ذهب الوقت تسقط الاضحية الآن في حق المقيمين بالامصار يشترط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد ثم قال وأما سببها فهو الميهم في هذا الكتاب فإن سبب وجوب الاضحية ووصف القدرة فيها بأنها ممكنة أو ميسرة لم يذكر في أصول الفقه ولا في فروعه أما الأول فأقول وبالله التوفيق إن سبب وجوب الاضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لأن السبب انما يعرف بنسبة الحكم إليه وتعلقه به إذاً الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون حادثاً به سبباً وكذا إذاً لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرره في وقت ظاهر وكذلك الإضافة فإنه يقال يوم الاضحية كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وإن كان الأصل هو إضافة الحكم إلى سببه كما في صلاة الظهر ولكن قد يضاف السبب إلى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه الإضافة في الاضحية لم توجد في حق المال إلا يرى أنه لا يقال أضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سبباً انتهى أقول فيه نظر لأن الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سبباً لوجوبها لأن الشيء الواحد لا يصح أن يكون شرطاً وسبباً في الشيء واحد أخيراً قد تقرر في علم الأصول أن الشرط والسبب قسمان قد اعتبر في أحدهما ما ينافي الآخر فإنه قد اعتبر في السبب أن يكون موصلاً إلى السبب في الجملة وفي الشرط أن لا يكون موصلاً إلى المشروط أصلاً بل كان وجود المشروط متوقفاً عليه ومن المتع أن يكون شيء واحد موصلاً إلى شيء واحد آخر وأن لا يكون موصلاً إليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع التقيضين وعن هذا فالوفاة الصلاة أن الوقت سبب لوجوبها وشرط لادائها فلم يلزم أن يكون سبباً وشرطاً بالنسبة إلى شيء واحد (قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية)

الفطر ليس بل يصير الموصوف به أهلاً للاغتناء إذاً لا يتحقق من غير الغنى الشرعي فإن قلت المراد من الاغتناء الاغتناء عن المسألة وذلك لا يتوقف على الغنى الشرعي قامت مادون الغنى الشرعي في حكم العدم لأن من لم يتصف به يكون أهلاً لاخذ صدقة الفطر فلا يكون أهلاً لوجوبها التناهي بينهما انتهى ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة الميسرة في باب حسن الأمور به من كتب الأصول فراجع

قال في العناية أخذ من النهاية وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن المוסرا إذا اشترى شاة للاضحية في أول يوم النحر ولم يضع حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة المبسرة لكان دواها مشروطا بكافي الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يمكن به المروءة من اقامتها تلك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الاعمال النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة المبسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كافي صدقة الفطر وهذه الالتماء وظيفة مالية تنظر الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كافي صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب الفيلك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاتفاق والمضحي ان تصدق بالجمع فقد حصل النوعان أعني التملك والاتلاف بآرافة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعتراض بعض الفضلاء على قوله بدليل أن الموسرا إذا اشترى شاة للاضحية في أول يوم النحر ولم يضع حتى مضت أيام النحر الخ حيث قال فيه ان المشتري اذا كان فقرا حين اشتراها لها ولم يضع حتى مضت الايام فكذلك الحكم في دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس في الفقير قدرة لا يمكنه ولا مبسرة فذلك لا يشترط بنية الاضحية لا للقدرة فليست تأمل انتهى أقول ليس هذا بشئ إذ لا نزاع لاحد في أن علة وجوب الاضحية على الموسر هي القدرة على النصاب وانما الكلام هنا في أن القدرة التي تجب بها الاضحية على الموسر هل هي القدرة الممكنة أم القدرة المبسرة فاستدل صاحب النهاية على أنها هي القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت في فتاوى قاضخان وهي أن الموسرا إذا اشترى شاة للاضحية في أول أيام النحر فلم يضع حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيتها ولا تسقط عنه الاضحية واقفى أثره صاحب العناية ولا شك في استقامة هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها بالقدرة المبسرة لكان دواها مشروطا على ما تقر في علم الأصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصديق بعينها أو بقيتها لان علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به لا القدرة وعلة في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به أيضا فبعد أن تقرر أن علة في الموسر هي القدرة لا غير تكون تلك المسئلة دليلا واخفا على تعيين أن المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا المبسرة على أن اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب في صورة ان كان المشتري معسرا هو التصديق بعينها لا غير بخلاف ان كان موسرا كما سيجي في الكتاب مفصلا وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والالم تسقط وكان عليه أن يضعي وان لم يشترشاة في يوم النحر اه أقول وليس هذا أيضا بشئ لأن مراد المصنف هناك فوات أداء الاضحية بمضى الوقت لاسقوطها بالكلية في حق المقيم أيضا فان الاداء وهو تسليم عن الثابت بالامر بفوت بمضى الوقت في الواجبات المؤقتة مطلقا لان الوقت شرط لادائها على ما عرف في أصول الفقه وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالامر فلا يسقط بمضى الوقت وانما الثابت بمضيه شرف الوقت لا غير وهذا أيضا مما عرف في أصول الفقه وقد تقرر فيه أيضا أن القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلاة للصلاة وقد يكون بمثل غير معقول كالغدية للصوم وثواب النفقة للجمع وعدوا الاضحية من القسم الثاني وقالوا ان أداءها في وقتها بآرافة الدم وقضاءها بعد مضى وقتها بالتصدق بعينها أو بقيتها فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والالم تسقط وكان عليه أن يضعي وان لم يشترشاة في يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل أحد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح قوله والالم تسقط ولم يقل أحد بجحاة أداء المؤقتات بعد مضى وقتها حتى يصح قوله وكان عليه أن يضعي وان لم يشترشاة في يوم النحر فان التضحية بآرافة الدم وهي انما تقبل في وقت الاداء لا بعده وانما الذي يلزم بعده قضاؤها وانما يكون

(قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي أجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام قد تجب المقاتلة به لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة في غير الحرام وقوله (لأن الإضافة للاختصاص) ظاهر وقوله (وهو) أي الاختصاص (بالوجود) (٦٩) لأنه إذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقاً به فخصه عن الاختصاص

(والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس) لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعتراض بأن السنة أيضاً تنفذي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس لأن الناس لا يجتمعون على ترك السنة وأجيب بأن الوجوب يفضي إليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير أن الأداء اختص بأسباب أي بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد عيّن له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف ألا ترى إلى جواز التيمم عند زيادة عن الماء التي لا تبلغ قيمة الضحية ولا عشرها فأولى أن يسقط عنه وجوب الضحية وهو أقوى حرجاً من زيادة عن الماء وقوله (والمراد بالارادة) جواب عما استدلوا به من قوله عليه الصلاة والسلام من أراد أن يضحي منكم فكان

ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضع فلا يقر بن مصلاً ناومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولا تنافرية يضاف إليها وقت يقال يوم الاضحية وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ويقتضي بعض الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله أعلم ما هو ضد السهولة والتخفيف والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب

بالتصدق بعينها أو بقيمة لاغيره ثم قال ذلك البعض وسيقول المصنف انما تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصرح في أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة إلى هنا كلامه أقول وهذا أيضاً ساقط جداً لأن الاضحية انما تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمة كما مر بيانه ووجه ذلك ما نقرر في علم الأصول من أن وجوب الأداء في الموقفات التي يفضل الوقت عن أدائها كالمصلاة ونحوها انما ثبت آخر الوقت اذ هنا يتوجه الخطأ حقيقة لانه في ذلك الآن بانهم بالترك لا قبله حتى اذا مات في الوقت لاشئ عليه والاضحية من هاتيك الموقفات فتسقط بهلاك المال قبل مضي وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقتها التقرّر سبب وجوب أدائها اذ ذلك بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها أو بقيمة بخلاف الزكاة فانها من الواجبات المطلقة دون الموقفة كإنص عليه في علم الأصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقاً أي في أي وقت كان لا اعتبار بالقدرة الميسرة فيها ومن شرط تلك القدرة بقاؤها البقاء الواجب لئلا ينقلب إلى العسر كما عرف في أصول الفقه فلو كان المعتبر في الاضحية أيضاً هو القدرة الميسرة لزم أن تسقط الاضحية أداء وقضاء بهلاك المال بعد أيام النحر أيضاً لكون دوام القدرة الميسرة شرطاً لا محالة ومرة إذا المصنف بقوله المزبور بيان مشابهة الاضحية بالزكاة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الاحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال ومن البين فيه قوله من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب حيث قيد هلاك المال بكونه قبل مضي أيام النحر في سقوط الاضحية وأطلق هلاك النصاب في سقوط الزكاة والعجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصرح في خلافه (قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضع فلا يقر بن مصلاً ناومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي وأجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام قد تجب المقاتلة به لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة في غير الحرام كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول ذلك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث أيضاً بأن يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضع هو ترك التضحية اعتقاداً أو تركها أصلاً فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانهم سنة أيكم إبراهيم وبان أبابكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وأجيب عن الاول بأن

معنى قوله عليه الصلاة والسلام من أراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من أراد الصلاة فليتوضأ وقوله (والعتيرة) جواب عما استشهدوا به

(قال المصنف ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) أقول يمكن أن يمنع ذلك كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقر بن مصلاً ناومثل (قوله أجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (على ما قيل) يشير إلى أن في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما وافق تفسير المصنف وذكر في الإيضاح أنها عبارة عما إذا ولدت النافذة أو الشاة فذبح أول ولدها فأكل وأطعم وهي منسوخة بالأضحية وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام كتبت على الأضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه الصلاة والسلام ضحوا فانهم أسنة أبيكم إبراهيم وبأن أبابكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس (٧٠) واجبة وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنهم غير فرض

وانما هي واجبة وعن الثاني أنه مشترك الزام فان قوله ضحوا أمر وهو الوجوب وقوله فانهم أسنة أبيكم أي طريقته فأسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بأنهم كانوا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله (وانما اختص الوجوب بالحرية) بيان للشروط المذكورة في أول الباب وقوله (لما بناه) إشارة إلى قوله غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله (سنتين مقداره) أي مقدار الوقت وقوله (لا تجب عن ولده) يعني سواء كان صغيرا أو كبيرا إذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب عليه وقوله (والأصح أن يضحى من ماله) أي من مال الصغير (وبأكل) أي الصغير من الأضحية

على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تأدى إلا بالملك والمال هو الحر وبالإسلام لكونه افرقة وبالإقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحية لانها مختصة به وسنتين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وروي عنه أنه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس عونه وبلى عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قرينة محضة والأصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير ولذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة فطره وان كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد ورفعه والشافعي رحمه الله يضحى من مال نفسه لانه مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قوله جميعا لان هذه القرينة تأدى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله والأصح أن يضحى من ماله وبأكل منه ما يمكنه ويتناع عما بقي ما ينتفع بعينه

المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنهم غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بأنه مشترك الزام فان قوله ضحوا أمر وهو الوجوب وقوله فانهم أسنة أبيكم أي طريقته فأسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بأنهم كانوا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى أقول في تقريره الجواب عن الثاني خلل فان القول بأنه مشترك الزام ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا أمر أو كان الأمر للوجوب وجاز أن يحمل السنة في قوله فانهم أسنة أبيكم على الطريقة المسلوكة في الدين وهي نعم الواجب أيضا تعين جانبنا ولم نشترك في الزام قط فالصواب في تقريره الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه أمر فيفيد الوجوب وقوله فانهم أسنة أبيكم لا ينفي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت أو غير واجبة انتهى وأورد بعض الفضلاء على الجواب عن الأول حيث قال فيه بحث فانه روي الدارقطني بإسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث انتهى أقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الأضحية ولم تكتب عليكم ولا شك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر إلى ما هو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة أخرى لأصل المدعى ولعل جمهور الشراح انما لم يتعرضوا للجواب عنه أصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا لاند الدارقطني أخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس عن جابر الجعفي ضعيف كما ذكره أهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروي من طرق أخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى (قوله وبالوقت وهو يوم الاضحية لانها مختصة به) أقول هنا شائبة مصادرة لان قوله وبالوقت عطف على قوله بالحرية في قوله وانما اختص

التي هي من ماله (ما يمكنه ويتناع عما بقي ما ينتفع بعينه) كالغربال والمختل كافي الجلد وهو اختيار شيخ الإسلام وهكذا قال روى ابن سماعة عن محمد بن جهم الله وقبل ذلك يصح في جلد الأضحية من غير خلاف أحد وأما في الجمها فليس له إلا أن يطعم أو يأكل (قوله وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الخ) أقول فيه بحث فانه روي الدارقطني بإسناده عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهم عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث

قال (ويذبح عن كل واحد

منهم شاة) كلامه واضح
قوله (وكذا اذا كان نصيب
أحدهم أقل من السبع
لا يجوز) كما اذا مات وترك
امراة وابنا وبقرة فضيا
بها يوم العيد لم يجز لان
نصيب المرأة أقل من السبع
فلم يجز نصيبها ولا نصيب
الابن أيضا وقوله (يجوز
في الاصح) احتراز عن قول
بعض المشايخ رجعهم الله
انه لا يجوز لان لكل واحد
منهما ثلاثة أسباع ونصف
سبع ونصف السبع لا يجوز
في الاضحية واذا لم يجز
البعض لم يجز الباقي ووجه
الاصح ما ذكره في الكتاب وبه
أخذ الفقهاء أبو الليث
والصدر الشهيد رجعهم الله
وقوله (الا اذا كان معه شيء
من الاكرع والجلد) بأن
يكون مع أحدهما بعض
اللحم مع الاكرع ومع الآخر
البعض مع الجلد صرفا
للجنس الى خلاف الجنس
وقوله (اعتبار بالبيع) لان
في القسمة معنى التملك فلم
يجز مجازفة عند وجود القدر
والجنس وقوله (وقد
أمكن) يعني دفع الحرج
لان بالشراء للضحية لا يمتنع
البيع ولهذا واشترى
أضحية ثم باعها واشترى
منها لم يكن به بأس وقوله
(لما ينأ) أراد به قوله لانه
أعدها للقرية فيمتنع عن
بيعها الى آخره

قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو يذنه عن سبعة) والقياس أن لا تجوز الا عن
واحد لان الادرافة واحدة وهي القرية الا أن تركناه بالاثرو وهو ما روى عن جابر رضي الله عنه أنه قال
نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقى على أصل
القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فمن
دونهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذ بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل
من السبع ولا تجوز عن الكل لانه عدم وصف القرية في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال
مالك تجوز عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل منها
لقوله عليه السلام على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعنترة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت
لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام أضحية وعنترة ولو كانت البدنة بين اثنين
نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعا واذا جاز على الشركة
فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقسموا جزأ فالأجوز الا اذا كان معه شيء من الاكرع والجلد
اعتبارا بالبيع قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترى فيها ستة معه جاز
استحسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه أعدها للقرية فيمتنع عن بيعها متولا والاستحسان
هذه صفة وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سميكة يشترى بها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما
يطلمهم بعد ذلك كانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد أمكن لان بالشراء للضحية لا يمتنع
البيع والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في
القرية وعن أبي حنيفة أنه يكره الاستحسان بعد الشراء لما بينا قال (وليس على الفقير والمسافر
أضحية) لما ينأ أبو بكر وعمر كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي ليس على المسافر جمعة
ولا أضحية

الوجوب بالحريه فبصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحية لانها أي
الاضحية مختصة به أي بذلك الوقت فيقول الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في
العلة اختصاص الاضحية بنفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فاللازم
هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا
نقول لامعنى اختصاص الاضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذا لاشك في امكان عمل
التضحية في جميع الاوقات فلا بد أن يكون المراد بقوله لانها مختصة به أن وجوبها مختص به فيلزم
المذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه له في حديث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله
وانما اختص الوجوب بالحريه الخ والتقييد بالحريه لانها ماله ماله مفتقرة الى الملك والحريه هو المالك
ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا
مصادرة فيه فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف بقوله وانما اختص الوجوب بالحريه وانما اختصه
القدوري في مختصره بالحريه على أن يكون كلمة اختصاص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده
هنا بقوله لانها مختصة به أنها مختصة به في الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري وجوب الاضحية
بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه قلت فينبغي تبصير معنى الكلام
في هذا المقام بمنزلة اللغوفان المقصود بيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله
باختصاصه بالحريه وبالا سلام وبالأقامة وباليسار وعلى المعنى المذكور يلزم أن يكون الميمن والمعلل
هنا مجرد تخصيص القدوري وجوبه بالوقت بدون أن يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت بشئ

(قوله ولهذا واشترى أضحية ثم باعها واشترى منها لم يكن به بأس) أقول فيه بحث

قال (ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لأهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العبد فاما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح شاة قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون أهل السواد لان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة ولا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلاة عليه ومارو ينهجه على مالك والشافعي رحمه الله في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما نشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا أراد التحجيم أن يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالكاهن لاكتساب النصاب فيعتبر في المصر في مكان الحمل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأ استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اکتفوا بها أجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا

أصلا ولا يخفى ما فيه (قوله ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لأهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العبد) قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير الى ما ذكره في المبسوط بقوله ومن ضحي قبل الصلاة في المصر لا يجز به لعدم الشرط لعدم الوقت أقول في هذا الاشكال لان الحدين الذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الاصل في هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل شي منها على دخول وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الامصار بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها في حق من عليه الصلاة بعد الصلاة في أين أخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الامصار أيضا وعلى تقدير أن يتحقق المأخذ لذلك فلا إشكال باق لانه اذا لم تنأ الاضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة في حق أهل الامصار بل لم يمكن اذا وثا قبل الصلاة في حقهم لعدم تحقق الشرط فمما عني جعل ذلك الوقت قبل الصلاة من يوم النحر وقتا للاضحية في حق أهل الامصار أيضا وماترة ذلك والظاهر أن مة كون وقت ما وقت الواجب صحة أد ذلك الواجب في ذلك الوقت ولا أقل من امكان أدائه فيه فتأمل ثم ان صاحب الوقاية قال في نحر بهذه المسئلة وأول وقتها بعد الصلاة ان ذبح في مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح في غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في مثله وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبيل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلاة عليهم ان ذبح في مصر وان ذبح في غيره لا وقال فيما نقل عنه في الحاشية هذا من المواضع التي أخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه له تاج الشريعة انتهى كلامه أقول لا خطأ في كلام تاج الشريعة أصلا فان مراده بقوله وأول وقتها أول وقت أدائها الأول وقت وجوبها ولا شك أنه اذا كان تقديم الصلاة عليه شرطا في حق أهل الامصار كان أول وقت أدائها في حقهم بعد الصلاة وان كان أول وقت وجوبها بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جمعا عبارة الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال ووقت الاداء لمن كان في المصر بعد فراغ الامام عن صلاة العيد انتهى (قوله ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأ استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اکتفوا بها أجزأتهم) قال الشراح قوله أجزأ استحسانا يشير الى أنه لا يجزئه قياسا وذلك لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلاة من وجهه وبعد الصلاة

وقوله (ومارو ينهجه على مالك والشافعي رحمه الله) اشارة الى قوله ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين فانه باطلاقة يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده وقوله (ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد) معناه أن يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعنه على رضى الله عنه حين قدم الكوفة وقوله (أجزأه استحسانا) يشير الى أنه لا يجوز قياسا لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (وقيل هو جائز) أي العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق أن المسنون في العبد هو الخروج الى الجبانة وأهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام الخ) كلامه واضح قوله (ويجوز الذبح في لياليها) أي في ليالي أيام النحر المراد بها البلتان المتوسطتان لاغير فلا تدخل الليلة الأولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطول الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويقوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة النحر بق المحض لخروجها وانما جازت في الليل لان الليالي تسع للأيام وأما الكراهة فلما ذكره في الكتاب وقوله (والتضحية فيها) أي في أيام النحر (أفضل من التصديق) (بمن الاضحية) أما في حق الموسر

(٧٣)

فلا نها تقع واجبة في ظاهر الرواية أو سنة في أحد قول أبي يوسف رحمه الله والتصدق بالثلث تطوع محض ولا شك في أفضلية الواجب أو السنة على التطوع وأما في حق المعسر فلان فيها جامع بين التقرب بآراقة الدم والتصدق والآراقة قرينة تقوت نفقات هذه الأيام ولا شك أن الجمع بين القربتين أفضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير وتشبيهه بالصلاة والطواف ظاهر فان الطواف في حق الآفاق لفواته أفضل من صلاة التطوع التي لا تقوت بخلاف المكي فان الصلاة في حقه أفضل (ولولم يضح حتى مضت أيام النحران كان أوجب على نفسه) بأن عين شاه اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية (وان كان) من لم يضح (غنيا)

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعي ثلاثة أيام بعده لقوله عليه السلام أيام النحر بق كلها أيام ذبح ولنا ما روى عن عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنهما أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وبق قاله سماعة لان الرأي لا يهتدى الى المقادير وفي الاخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الاقل وأفضلها أولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى أداء القرية وهو الاصل للمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا أنه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام النحر بق ثلاثة والكل عضي بأربعة أولها ونحر لاغير وآخرها نحر بق لاغير والمتوسطان نحر وتشر بق والتضحية فيها أفضل من التصديق بمن الاضحية لانها اتفق واجبة أو سنة والتصدق تطوع محض ففضل عليه ولانها تقوت نفقات وقتها والتصدق يوفي بها في الاوقات كما هي منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاق (ولولم يضح حتى مضت أيام النحران كان أوجب على نفسه) أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر) لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا

من وجه فوقه في العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى أقول هنا بحث وهو أن ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكره لان كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا ينافي كون صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا على هذا عكسه صريح في أن صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة والالم يحز العكس فاذا كانت كلتا الصلاتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد إحدى الصلاتين قبل الأخرى واقتضى الأخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكره في الكتاب في مقابلة وجه القياس الذي ذكره فكيف يتلوه القياس كما هو مقتضى جواب مسألة الكتاب (قوله وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) أقول لقائل أن يقول ان قوله ويومان بعده يشعر بأنهم ليسا من أيام النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر أن ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعد أيام النحر ثلاثة والجواب أن المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وانما هما نحر وتشر بق كما سيأتي في الكتاب والتحقيق أن يوم النحر بالانفراد صار منزلة العلم لليوم الأول من أيام النحر وهو يوم العيد وأما أيام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تدافع بين الكلامين في المقامين تبصر ترشد (قوله ولولم يضح حتى مضت أيام النحران كان أوجب على نفسه) أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية قال في معراج الدراية قيد الإيجاب على نفسه غير مفيد لانه لو كان واجبا بدون الإيجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى أقول ليس ذاك بسديد لان الحكم هنا

(١٠ - تكله ثامن)

ولم يوجب على نفسه شاة بعينها (تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر لانها واجبة على الغني) عينها

أول بعينها (وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا)

(قوله ولا شك أن الجمع بين القريتين) أقول لا يوافق المشروح اذ لا تعرض فيه للجمع بين القريتين فانه يصلح دليلا مستقلا من غير اعتبار فواته بنفقات الأيام ثم لا يستقيم تشبيهه بالطواف كما لا يخفى (قوله وجب التصديق بالعين) أقول لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد المصنف التصديق بقيمة الغني الغير الموجب كما لا يخفى

فأذا فات وقت التقرب بالاراقة) والحق (٧٤) مستحق (وجب التصديق) بالعين أو القيمة (أخراجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد

قواتها أظهر أو الصوم بعد العجز فدية) والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء يجنس خلاف جنس الأداء قال (ولا يضحي بالعماء والعوراء التي لا تسمى إلى المنسك ولا العجفاء) لقوله عليه السلام لا تجزئ في الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمرضى البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال (ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب) أما الأذن فلقوله عليه السلام استشفروا العين والأذن أي اطلبوا سلامتهما وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود فصارك الأذن قال (ولا التي ذهب أذنهما وذنبها وان بقي أكثر الأذن والذنب جاز) لأن لا كثر حكم الكل بقاء وذهابها ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرر عنه فجعل عفا واختلاف الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر في الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب أو العين أو الألية الثلث أو أقل أجزاءه وان كان أكثر لم يجزئه لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لأنه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلاة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد إذا بقي الأكثر من النصف أجزاء اعتبار الحقيقة على ما تقدم في الصلاة واختيار الفقيه أبي الليث وقال أبو يوسف هو التصديق بها حية وليس الحكم كذلك فيما لو كان واجبا دون الإيجاب على نفسه فإن الحكم هذا هو التصديق بقيمة الألف أو التصديق بعينها حية كما أفصح عنه المصنف بقوله وان كان غنما تصدق بقيمة شاة اشترى أول يشتري (قوله فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق أخراجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد قواتها أظهر أو الصوم بعد العجز فدية) قال صاحب العناية في شرح هذا المجل فآذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصديق بالعين أو القيمة أخراجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد قواتها أظهر أو الصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء يجنس خلاف جنس الاداء انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصديق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجعة والصوم ومراد المصنف التصديق بالقيمة لغنى الغير الموجب كما لا يخفى انتهى أقول ذال مساقط اذ لا سلم أنه لا يلائم الاعتبار بالجعة والصوم لأن الاعتبار بهما من حيث أن القضاء بغير المثل كإتيه عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء يجنس خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذي فطنة أن هذا المعنى متحقق في التصديق بالعين أيضا لأن الواجب عليه في الاداء اراقة الدم والتصديق ليس من جنس الاراقة سواء كان بالقيمة أو بالعين ثم ان كون مراد المصنف بالتصدق في قوله فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق هو التصديق بالقيمة لغنى الغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شأن المصنف جدا اذ يلزم حينئذ أن يترك بيان وجه المسئلة فيما اذا كان أو جب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشتراه بنية الاضحية فيكون ذلك تقصيرا منه في افادة حق المقام بلا ضرورة وحاشي له من ذلك فالحق أن مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصديق بالعين وبالقيمة كما أشار إليه صاحب العناية بقوله وجب التصديق بالعين أو القيمة (قوله ولا يضحي بالعماء والعوراء الخ) قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية شرع في بيان ما لا يجوز به الاضحية انتهى أقول هذا ليس بسديد اذ لا يذهب عليك أنه لم يذكر فيما قبل ما يجوز به الاضحية وانما يذكره فيما بعد بقوله ويجوز أن يضحي بالعماء والخصى والثولاء إلى آخره والذي ذكره فيما قبل انما هو وصفة الاضحية من الوجوب أو السنة وشراؤها من الحرية والاسلام ونحوهما ومن وجبت عليه الاضحية وعدد من يذبح عنه كل من الشاة والبقرة والبسطة وأول وقت الاضحية وعسدد أيامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الامور من الفروع والاحكام كما حققه من قبل ولعل صاحب العناية ندركه حيث قال في شرح هذا المقام هذا بيان ما لا يجوز التضحية به ولا يتعرض لذكر ما يجوز التضحية به (قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر الخ) أقول تطبيق هذه

قواتها أظهر أو الصوم بعد العجز فدية) والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء يجنس خلاف جنس الاداء يجنس قال (ولا يضحي بالعماء والعوراء التي لا تسمى إلى المنسك ولا العجفاء) لقوله عليه السلام لا تجزئ في الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمرضى البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال (ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب) أما الأذن فلقوله عليه السلام استشفروا العين والأذن أي اطلبوا سلامتهما وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود فصارك الأذن قال (ولا التي ذهب أذنهما وذنبها وان بقي أكثر الأذن والذنب جاز) لأن لا كثر حكم الكل بقاء وذهابها ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرر عنه فجعل عفا واختلاف الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر في الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب أو العين أو الألية الثلث أو أقل أجزاءه وان كان أكثر لم يجزئه لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لأنه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلاة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد إذا بقي الأكثر من النصف أجزاء اعتبار الحقيقة على ما تقدم في الصلاة واختيار الفقيه أبي الليث وقال أبو يوسف هو التصديق بها حية وليس الحكم كذلك فيما لو كان واجبا دون الإيجاب على نفسه فإن الحكم هذا هو التصديق بقيمة الألف أو التصديق بعينها حية كما أفصح عنه المصنف بقوله وان كان غنما تصدق بقيمة شاة اشترى أول يشتري (قوله فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق أخراجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد قواتها أظهر أو الصوم بعد العجز فدية) قال صاحب العناية في شرح هذا المجل فآذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصديق بالعين أو القيمة أخراجه عن العهدة كالجعة تقضى بعد قواتها أظهر أو الصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء يجنس خلاف جنس الاداء انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصديق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجعة والصوم ومراد المصنف التصديق بالقيمة لغنى الغير الموجب كما لا يخفى انتهى أقول ذال مساقط اذ لا سلم أنه لا يلائم الاعتبار بالجعة والصوم لأن الاعتبار بهما من حيث أن القضاء بغير المثل كإتيه عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء يجنس خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذي فطنة أن هذا المعنى متحقق في التصديق بالعين أيضا لأن الواجب عليه في الاداء اراقة الدم والتصديق ليس من جنس الاراقة سواء كان بالقيمة أو بالعين ثم ان كون مراد المصنف بالتصدق في قوله فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق هو التصديق بالقيمة لغنى الغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شأن المصنف جدا اذ يلزم حينئذ أن يترك بيان وجه المسئلة فيما اذا كان أو جب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشتراه بنية الاضحية فيكون ذلك تقصيرا منه في افادة حق المقام بلا ضرورة وحاشي له من ذلك فالحق أن مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصديق بالعين وبالقيمة كما أشار إليه صاحب العناية بقوله وجب التصديق بالعين أو القيمة (قوله ولا يضحي بالعماء والعوراء الخ) قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية شرع في بيان ما لا يجوز به الاضحية انتهى أقول هذا ليس بسديد اذ لا يذهب عليك أنه لم يذكر فيما قبل ما يجوز به الاضحية وانما يذكره فيما بعد بقوله ويجوز أن يضحي بالعماء والخصى والثولاء إلى آخره والذي ذكره فيما قبل انما هو وصفة الاضحية من الوجوب أو السنة وشراؤها من الحرية والاسلام ونحوهما ومن وجبت عليه الاضحية وعدد من يذبح عنه كل من الشاة والبقرة والبسطة وأول وقت الاضحية وعسدد أيامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الامور من الفروع والاحكام كما حققه من قبل ولعل صاحب العناية ندركه حيث قال في شرح هذا المقام هذا بيان ما لا يجوز التضحية به ولا يتعرض لذكر ما يجوز التضحية به (قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر الخ) أقول تطبيق هذه

(قوله والحديث المذكور دال على ذلك) أقول أشار بذلك إلى قوله والاصل فيه أن العيب الفاحش مانع الخ (قال المصنف وان قطع من الذنب أو الأذن أو العين) أقول اطلاق القطع بالعين لعله بطريق التغليب (قال المصنف فاعتبر كثيرا) أقول الذي يعطى له حكم الكل هو

الاكثر لا الكثير فلا يتم التقريب

قوله (وقيل معناه قولي قريب من قولك) أي قولي الاول وهو أن الاكثر من الثلث مانع لا مادونه أقرب الى قولك الذي هو أن الاكثر من النصف اذا بقي أجزأه بالنسبة الى قول من يقول ان الربع أو الثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان وقد تقدم وجه ذلك في الكشف العضوي أول الكتاب وقوله (لان القرن لا يتعلق به مقصود) ألا ترى أن التضحية بالابل جائزة ولا قرن له والكبش الامح ما فيه ملح وهو يشوبه شعيرات سود والوج نوع من الخصاء وهو أن ترض العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله (فتعينت) يعني هذه الشاة المسترأة للاضحية وقوله (٧٥) (كافي نصاب الزكاة) فانه اذا نقص

بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا يضمه رب المال لان نقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا هلك المال سقط الوجوب (وعن هذا الاصل) يعني كون الوجوب على الغنى بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله (وعلى الفقير ذبحهما) لان الوجوب عليه بالشراء وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الاصل يوافق ما ذكره شيخ الاسلام رحمه الله ان المشتري اذا كان موسرا لا تصير واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمه الله تجب وروى الزعفراني عن أصحابنا أنها لا تجب وهو رواية النواذر وقوله (فانكسرت رجلها) من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه اذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الانحياض للذبح كان

أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كافي انكشف العضو عن أبي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد أن لا تغتلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأت من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأت من مكان أعلم عليه ثم تنظر الى تفاوت ما بين ما فان كان ثلثا فالذبح الثلث وان كان نصفًا فالنصف قال (ويجوز أن يضحي بالجماء) وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصي) لان الجماء أطيب وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحي بكبشين أملحين موهوئين (والشولاء) وهي الجنونة وقيل هذا اذا كانت تغتلف لانه لا يخل بالمقصود أما اذا كانت لا تغتلف فلا تجزئه والجرباء ان كانت سمينة حازلان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانه نقص وأما الهتاء وهي التي لا أسنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلة وعنه ان يبقى ما يمكنه الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود والسكاه وهي التي لا ذن لها خلفة لا تجوز لان مقطوع أكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن أولى (وهذا) الذي ذكرنا (اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان فقيرا تجزئه هذه) لان الوجوب على الغنى بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تعينه به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصائه كافي نصاب الزكاة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المسترأة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت أو سرق فاشترى أخرى ثم ظهرت الاولى في أيام النحر على الموسر ذبح احدها وعلى الفقير ذبحهما (ولو أضجعهما فاضطربت فأنكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسانا) عندنا خلافا لفرقوا والشافعي رحمه الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكانت حصل به اعتبارا وحكما (وكذا الوتعيت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف) لانه حصل بمقدام الذبح

الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسألة الكتاب مشكل لان عبارته أكثر انهما وذبها بصيغة التفضيل والاضافة الى الاذن والذنب وهي تقتضي أن يكون الجزء الباقي منهما أقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه أما في رواية الربع ورواية الثلث فظاهر ان لاشك أن الربع ليس بأكثر من ثلثه اربع ولا الثلث بأكثر من الثلثين وأما في رواية الاكثر من الثلث فلان الاكثر من الثلث اذ لم يجاوز النصف لم يصراً أكثر الكل وفي رواية الاكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول الى النصف بل اعتبر الزيادة على الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم الاجزاء على هذه الرواية أيضا ذهاب أكثر الاذن والذنب فكيف يربط قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر عاقبه من مسألة الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثر في عبارة مسألة

الحكم كذلك وانما قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس بخلافه لان تادى الواجب بالتضحية لا بالانحياض وهي معيبة عندها فصار كالموت كانت كذلك قبله وقوله (لانه حصل بمقدام الذبح) دليل محمد ودليل أبي يوسف رحمه الله أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعينت به من أن يكون سببا من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر (قوله من يابذ كرا الخاص وارادة العام فانه الخ) أقول فيه أنه لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه لانه يعلم حكم سائر العيوب المانعة بطريق المقابلة

قال (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بقهرها من النبي عليه السلام
لهاسنة كذا في النهاية وقوله لانها هي الاصل في التبعية لانه جرزوها وله ذاتية بها في الرق والحريه وهـ ذالان المنفصل
من الفصل هو الماعز وغيره (٧٦) لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل له

قال (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بقهرها من النبي عليه السلام
ولامن الصحابة رضي الله عنهم قال (ويجزئ من ذلك كله التي فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزئ)
لقوله عليه السلام ضحوا بالنبايا الا ان يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام
نمت الاضحية الجذع من الضأن قالوا وهـ اذا كانت عظيمة بحيث لو خاط بالثنيان يشبهه على الناظر
من بعيد والجذع من الضأن ماتت ستة أشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر
والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الحاموس
لانه من جنسه والمولودين الالهى والوحشى يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزل الذئب على
الشاة يضحي بالولد قال (واذا اشترى سبعة بقرة ليضحيوا بها فأت أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها
عنه وعنكم أجراهم وان كان شريك السنة نصرانيا أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه
أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصده الكل القرية وان اختلفت جهاتها كالاضحية
والقران والمتمعة عندنا لا اتحاد المقصود وهو القرية وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية
عن الغير عرفت قرية لا ترى أن النبي عليه السلام ضحي عن أمته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه
الثاني لان النصراني ليس من أهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قرية والاراقسة لا تجزأ
في حق القرية لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس أن لا يجوز وهو رواية
عن أبي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاتفاق عن الميت لكان يقول القرية قد تقع عن
الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولا على الميت (فلو ذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد
جاز) لما بينا أنه قرية (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقيون بغیر ذن الورثة لا تجزئهم) لانه لم يقع بعضها
قرية وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قرية قال (وبأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء
ويدخر) لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن أكل لحوم الاضحية فكلوا منها واودعوا ومتى جازأ كله وهو
غنى جازأ يؤكله غنيا قال (ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار

فاعتبر بها قوله (لكن
من شرطه أن يكون
قصده الكل القرية) لان
النص ورد على خلاف
القياس في ذلك فان قيل
النص ورد في الاضحية
فكيف يجوز مع اختلاف
جهات القرب كالاضحية
والقران والمتمعة قلنا اعتمد
على ذلك زفر ولم يجوز عند
اختلافها لكان يقول اذا
كانت الجهات قربا بالتحديد
معناها من حيث كونها
قرية فجاز الاتحاق بخلاف
ما اذا كان بعضها غير قرية
فانه ليس في معناها واذا
بطل في ذلك بطل في الباقي
لعدم التجزئ وقوله (لما
بيننا قرية) يشير الى وجه
الاستحسان وفي القياس
لا يجوز لان الاراقسة لا تجزأ
وبعض الاراقسة وقع نفلا
أو لمافصار الكل كذلك
ولم يعكس لان الواجب
قد يتقلب تطوعا بخلاف
العكس والاراقسة قد تنصير
للحم مع نية القرية اذا
لم تصادف محلها وكانت
في غير وقت الاضحية
والاراقسة للحم لا تنصير
قرية بحال قال (وبأكل
من لحم الاضحية الخ)

الكتاب معنى التفضيل بل هو بمعنى الكثير كما يرشد اليه قول المصنف في بيان وجه روايته الاكثر من
الثلث ولما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وقوله في بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه السلام
في حديث الوصية الثلث والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثير أيضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقي
والا بدو والمحدور بل المراد به الكثير في نفسه والاضافة الى الاذن والذنب لمجرد بيان محل الكثرة
حينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسألة الكتاب قلت شرط استعمال
صيغة التفضيل مجردة عن معنى التفضيل أن تكون عارضة عن اللام والاضافة ومن كما تقر في موضعه
وفي عبارة مسألة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجزئها عن معنى التفضيل على قاعدة العربية ولئن
أغضنا عن ذلك لا يصح تعليل المصنف تلك المسئلة بقوله لان لاكثر حكم الكل بقائه وذهابا على تقدير
أن يحتمل الاكثر على الكثير المطلق اذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقائه وذهابا لزم أن يعتبر الاذن
والذنب باقيا وذاهبا في حالة واحدة فيما اذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه
كما اذا ذهب ربعهما أو ثلثهما أو أكثر من ثلثهما في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيسألزم جمع
الحكمين المتضادين تأمل تقف (قوله ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات

الاضحية اما أن تكون مندورة ولا فان كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب وان

كان الاول فليس لصاحبها أن يأكل من لحمها ولا أن يطعم الاغنياء لان سبيلها التصديق وليس للتصدق أن يأكل من صدقته ولو أكل فلعليه
قيمة ما أكل

لماروينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتز فانقسم عليها أثلاثا قال (ويتصدق بجلدها) لانه جزء منها (أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت) كالنطع والجراب والغراب ونحوها لان الانتفاع به غير محرم (ولابأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقاءه) استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان البديل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدرهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول والحم غزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد أو اللحم بالدرهم أو بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بتمنه لان القرية انتقلت الى يده وقوله عليه السلام من باع جلد أضحية فلا أضحية له يفيد كراهة البيع أما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم قال (ولا يعطى أجر الجزار من الأضحية) لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهى عن البيع أيضا لانه في معنى البيع قال (ويكره أن يجز صوف أضحية وينتفع به قبل أن يذبحها) لانه التزم إقامة القرية بجميع أجرائها بخلاف ما بعد الذبح لانه أقيمت القرية بها كفاي الهدى ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كفاي الصوف قال (والأفضل أن يذبح أضحية بيده إن كان يحسن الذبح) وإن كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهد بانفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي أضحية بك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب قال (ويكره أن يذبحها الكفاي) لانه عمل هو قرية وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقرية أقيمت بانابته ونسبه بخلاف ما إذا أمر المجوسي لانه ليس من أهل الذكاة فكان أفسادا قال (وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الاخر أجرأ عنهما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيرة بغيره لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجوز له أن يذبح الأضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعينها للأضحية

ثلاثة الاكل والادخار لماروينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتز فانقسم عليها أثلاثا أقول لقائل أن يقول الامر المطلق للوجوب عند أكثر العلماء كما تقر في علم الأصول فالظاهر من قوله تعالى وأطعموا القانع والمعتز وجوب الاطعام والمدعى استحبابه فليتنامل في الجواب (قوله ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقاءه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان البديل حكم المبدل) أقول لقائل أن يقول انه تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد أضحية فلا أضحية له فانه يتناول باطلا في بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقاءه أيضا والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقر في أصول الفقه فليتنامل في الدفع (قوله ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدرهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول) أقول فيه بحث أما أولا فلا اعتبار ذلك بالبيع بالدرهم غير واضح فان الدرهم مما لا ينتفع بعينه أصلا أي لا مع بقاءها ولا بعد استهلاكها وانما هي وسيلة محضة فالقصد ومنها التمول لا غير بخلاف مثل الخل والابازير فانه مما ينتفع به وإن كان ذلك بعد استهلاكه فجاز أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الأضحية غير محرم فكذلك بطله وأما ثانيا فلا ندم جواز بيع جلد الأضحية بالدرهم انما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فانه بعد أن بين وجه الاستحسان في جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقاءه بانه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبديل لان البديل حكم المبدل قال فكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدرهم أيضا الا أن اثر كمال القياس بقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ولا تعط أجر الجزار منها فإذا أعطى أجر الجزار منها يصير بائع اللحم والجلد بالدرهم وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس

عامة وقوله

حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيره فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذناه دلالة لانها تقوت بعض هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يقوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فیر تضییعہ ولعلنا نأرجحهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطة أو رفع جرتة فأنكسرت أو جمل على دابته فغطت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه أو رفع الجرة وأمالها إلى نفسه أو جمل على دابته فسقط في الطريق فأوقده والنافيه وطبخه أو ساق الدابة فطحنها أو أعانته على رفع الجرة فأنكسرت فيما بينهما أو جمل على دابته ماسقط فغطت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول في مسألة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحية غسيرة بغير إذنه صريح في محافىة خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد منهما ما سألوه من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فاذا كان قدأ كلا ثم علما فلجل كل واحد منهما صاحبه ويجزئهم ماله لو أطمعه في الابتداء يجوز أن كان غنيا فكذلك أنه يحمل في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم تصدق بتلك القيمة لانه يدل عن اللحم فصار كالموابع أضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن أنفق لحم أضحية غيره ~~كان الحكم ما ذكرناه~~ (ومن غصب شاة فضحي بها ضمن قيمتها ورازع عن أضحيته)

عليه غيره انتهى واذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بعمل الخيل والابازير على عدم جواز بيعه بالدراهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدراهم وقد تقر في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معد ولا عن القياس فالأظهر أن يترك القياس على البيع بالدراهم في تعليل هذه المسئلة ويقال في تعليلها لانه لا يصلح أن يكون بدلا عن عين الجلد فأعظم ما عدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه حكم عین الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقائه كما مر وقد أشار إليه صاحب البدائع حيث قال وله أن يبيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من مناع البيت كالجراب والمخل لان البديل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام البديل فكان المبديل فأعظم ما عني وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم والدان يران ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد فأعظم ما عني انتهى (قوله فصار كالموابع أضحيته) قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني أنه لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها أنقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشترح مضى أيام لنحر تصدق بثمنها كما انتهى أقول قد تكلموا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور حيث جعلوه امورتين فزادوا في الصورة الاولى اشترى غيرها بثمنها واعتبروا بالتصدق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضى أيام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك وليس في المقام ما يقتضي شيئا منها كما لا يخفى مع أن الامر في معنى هذا الكلام على طرف التمام بحمله على حذف مضاف أي كالموابع لحم أضحيته فيكون المراد به الإشارة إلى ما مر في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به الا باستملاكه تصدق بثمنه تدبر (قوله ومن أنفق لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه) قال في العناية وقوله ومن أنفق لحم أضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه ومن أنفق لحم أضحية صاحبه كان الحكم ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه

(حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر) أي فيما إذا كان المضحي فقيرا (ويكره أن يبدل بها غيرها) أي فيما إذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخني رحمه الله وقوله (فصار كالموابع أضحيته) يعني أنه لو باع أضحيته واشترى بقيمتها غيرها فلو كان غيرها أنقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشترح مضى أيام النحر تصدق بثمنها كما وقوله (ومن أنفق لحم أضحية غيره) متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه ومن أنفق لحم أضحية صاحبه كان الحكم ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه

وقوله (لانه ملكها بسابق الغضب) يعني فكانت التضحية وارذقة على ملكه وهذا يعني في التضحية لا يقال الاستناد يظهر في القائم والتضحية بالاراقة والاراقة قد فانت لانها عبارة عن فعل المضحي لاننا نقول الاراقة ليست من المملوك لانهم ليست صفة للشاة ليصح أن يقال يظهر الاستناد فيها ولا يظهر فان الملك ثبت في الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغضب فتكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم

(٧٩)

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد
الاضحية لان عامة مسائل
كل واحدة لم تخل من أصل
أو فرع ترد فيه الكراهية

(قوله لاننا نقول الاراقة
ليست من المملوك) أقول
يعني ليست من المملوك
لاحد (قال المصنف بخلاف
مالو أودع شاة فضحي بها
لانه يضمه بالذبح فلا
يثبت الملاله الا بعد الذبح)
أقول قال صدر الشريعة
في شرح الوفاة أقول بل
يصير غاصبا بمقدّمات
الذبح كالاجتماع وشهد
الرجل فيكون غاصبا
قبل الذبح انتهى وأجاب
عنه صاحب الدرر بان
حقيقة الغضب كما تقر
في موضعه ازالة اليد المحقة
واثبتت اليد المبطله وغاية
ما يوجد في الاجماع وشهد
الرجل اثبات اليد المبطله
ولا يحصل به ازالة اليد
الحقة وانما يحصل ذلك
بالذبح كما ذهب اليه الجمهور
انتهى وان شئت فراجع
في كتاب الغضب ونحن
نقول الاولى في الجواب أن
يقال قد سبق أن مقدّمات

لانه ملكها بسابق الغضب بخلاف مالو أودع شاة فضحي بها لانه يضمه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد
الذبح والله أعلم

(كتاب الكراهية)

التوجيه بوجه فان قول المصنف فان تشاحا فكل واحد منهما أن يضم صاحبه قيمة له مسألة تامة
لا بد لها من دليل مغاير لها في التوجيه المذكور وقد أخذ مقدم المسئلة وهو قوله وأن تشاحا وضم اليه
نال مغاير لتالي المسئلة غير مذكور في الكتاب أصلا فصارت تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما ما
متلفا لحق أضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدّمات الكثيرة
ومن ألتف لحق أضحية غيره كان الحكم ماذ كراهه ولا يخفى ما فيه والحق عندي أن قول المصنف ومن
ألتف لحق أضحية غيره كان الحكم ماذ كراهه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت من
صاحبه كان الحكم له فما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على أصل المسئلة
وهو قوله وان تشاحا فكل واحد منهما أن يضم صاحبه قيمة له فعنى الدليل أن تضحية كل
واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان الحكم الذي ألتفه بالا كل لصاحبه لان نفسه ومن ألتف لحق
أضحية غيره كان الحكم ماذ كراهه من تضمين صاحبه اياه قيمة له وليت شعري أن صاحب التوجيه
الاول ماذا يصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان الحكم له فهل
يجعله وحده دليلا آخر على أصل المسئلة أم يجعله متصلا بشئ آخر غير أصل المسئلة فانظر وتبصر
هل يتيسر شئ من ذلك

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهية
الاي يرى أن التضحية في ليالي أيام النحر مكرهة وكذا التصرف في الاضحية بجرصوفها وحلب لبنها
وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكبش وغير ذلك كما أن الامر في كتاب الكراهية كذلك كذا في
الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد في الجامع الصغير
باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي في مختصره وتبعهما المصنف وسماه محمد في الاصل بالاستحسان
وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكاظم الشهيدي والمبسوط والحديث والخيرة والمغني وغيرها
وسماه الكرخي في مختصره بالخطر والاباحة وتبعه القندوري في مختصره والامام قاضخان في فتاواه
وكذا وقع في الحقة والتمتة والاباح والكل وجهة هو موليا أما وجه التسمية بالكراهية فلان
بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه وأما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ما حسنه الشرع
وما فحشه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به أولان أكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها
وأما وجه التسمية بالخطر والاباحة فلان الخطر المنع والاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع وما
أباحه كذا ذكر وجه كل منهما في الاختيار شرح المختار وفي شرح الكنتز لا امام الزيلعي ثم ان الكراهية

الذبح في حكم الذبح فلا يعطى له حكم آخر فليتأمل وأجاب الناضل المحشي يعقوب باشا عن أشكال صدر الشريعة أيضا بأن يقال
ان الغضب وان وجد بعد مقدّمات الذبح لكن لا يتقرر قبل الذبح لان الاجتماع وشهد الرجل قد يكونان لا للذبح لان الحفظ يجب على
المودع فلا يتعين الغضب الا بالذبح بخلاف الغضب ابتداء فان الغضب هنا يتعين قبل الذبح كذا قيل ولا يخفى ما فيه فليتأمل انتهى
كلام يعقوب باشا

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروى عن محمد نص أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب وهو يشتمل على فصول منها

(فصل في الاكل والشرب قال أبو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاذن والبيان وأبوال الأبل وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الأبل)

في اللغة مصدر كره الشيء كرهاً وكراهية قال في الميزان هي ضد المحبة والرضا قال الله تعالى وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب اتقوا الكراهية ليست بضد للإرادة عندنا فإن الله تعالى كاره للكفر والمعاصي أي ليس براض بهما ولا يحب لهما وإن كان الكفر والمعاصي بإرادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة هي ضد الإرادة أيضاً على ما عرف في أصول الكلام وأما معنى الكراهية في الشريعة فاهو مذكور في الكتاب (قوله قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه) يعني اختلف أصحاب الشريعة في معنى المكروه فروى عن محمد أنه نص على أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه إلى الحرام عنده كنسبة الواجب إلى الغرض في أن الأول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب ثم إن هذا أحد المكروه كراهية تحريراً وأما كراهية المكروه كراهية تنزيه فإلى الحل أقرب هذا خلاصة ما ذكرنا في الكتب ولبعض المتأخرين هنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها نرى أنها تعرض لها في تضاعيفها من الاختلال كراهية الألبان (قوله قال أبو حنيفة يكره لحوم الاذن والبيان وأبوال الأبل وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا بأس بأبوال الأبل) قال جماعة من الشراح خص الاذن مع كراهية لحم سائر الحمار ليستقيم عطف الألبان عليه إذ اللبن لا يكون إلا من الاذن انتهى يعنون أنه لو قال تكرر لحوم الحمار والبيان الرجوع للبيان في الألبان إلى الحمار المذكور فيما قبل وذلك يتم الذي كوروا الاذن فلا يستقيم عطف الألبان مضافة إلى الضمير الرجوع إلى مطلق الحمار على ما قبلها لأن الألبان لا تتصور في ذكور الحمار وإنما تتحقق في أنثاه التي هي الاذن نعم يمكن تصحيح ذلك أيضاً بتقدير وتأويل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظر إلى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم موازنة بعض المتأخرين وقال ذلك البعض وإنما خص كراهية لحم الاذن بالذكور ولم يذكر كراهية لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح لأنه لما عنون الفصل بأنه في الاكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو أعاد كما يلزم التكرار فقد كرر بعض ما تذكروا البواقي انتهى أقول ليس هذا مما يعتد به لأن حديث عنوان الفصل بأنه في الاكل والشرب لا يفيد شيئاً فيما نحن فيه أصلاً فإن ما يتعلق بالاكل والشرب في هذا الفصل غير مختص في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل من مسائل الاكل والشرب أيضاً فيصيح عنوان الفصل بالاكل والشرب سواء لم تذكر هذه المسئلة فيه أصلاً أو ذكر معها غيرها أيضاً مما سبق في الذبائح وأما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة في الذبائح تذكيراً للبواقي فغير تام أيضاً لأن ذكرها ذكر مرة وبين مستوفى تذكيراً للبواقي المذكورة ليس من أدب المصنفين ولا مما يهيم أصلاً أقول الوجه أن يقال إنما خص الاذن بالذكور مع كراهية لحوم غيرها أيضاً لأن جميع ما لا يؤكل لحمه قد ذكر في الذبائح مستوفى وكراهية لحوم الاذن إنما ذكرت هنا توطئة لكراهية الألبان التي لم تذكر فيما مر قط ولا مدخل لكراهية لحوم غيرها في التوطئة لذلك فلا يجوز خص الاذن بالذكور غير هاتم قال ذلك البعض وأما حكم أبوال الأبل فأنما ذكره المصنف فيما سبق وذكره محمد في الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه إلى الاعتذار انتهى كلامه أقول ليس هذا بكلام صحيح لأن المصنف أيضاً ذكره هاتم في الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعاً وإنما يلزمه التكرار لو ذكره محمد في

الآري أن في وقت الاضحية من ليالى أيام النحر وفي التصرف في الاضحية يجزى المصروف وحلب اللبن وفي اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهية وفي كتاب الكراهية أيضاً كذلك

(فصل في الاكل والشرب) (قوله لا يرى أن في وقت الاضحية الخ) أقول الكراهية بالحقيقة هي في التضحية لافي الوقت ففيه تجوز (قوله وفي كتاب الكراهية أيضاً كذلك) أقول فيه بحث لأن المراد يتحقق فيه الكراهية في أشياء كثيرة

وتأويل قول أبي يوسف أنه لا بأس به التداوى وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبايح فلا نعيد ها واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه قال (ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه السلام في الذي يشرب في آنية الذهب والفضة انما يجر جر في بطنه نار جهنم وأقوى أبوهريرة رضي الله عنه بشرب في آنية فضة فلم يقبله وقال انها عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

الجامع الصغير ولم يذكروا المصنف ههنا وأما كون ما أخذنا من كره المصنف ههنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيئا في دفع التكرار لان المصنف ليس في حيز الاجتهاد فكل ما ذكره ما أخوذ من قول مجتهد فاذا ذكر مسألة مرتين لزم التكرار لا محالة (قوله وتأويل قول أبي يوسف لا بأس به التداوى) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لان مذهب أبي يوسف أن يبول ما يؤكل لحمه نجس لما مر في كتاب الطهارات فلزم أن يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال ابل حل شربه عند أبي يوسف أيضا فأول المصنف قول أبي يوسف المذکور ههنا بنى البأس عن شربه للتداوى وشربه للتداوى ليس بحرام عنده وان كانت نجسا تمسك بقصة العرنين كما مر بيانه في كتاب الطهارات قال صاحب غاية البيان في هذه المقام وأما قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا بأس بذلك فنصرف الى طعم الفرس خاصة لان بول الابل نجس عند أبي يوسف أيضا لانه أطلق شربه للتداوى وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البتر انتهى أقول فيه نظرا لان لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال أكره شرب أبوال الابل وأكل لحوم الفرس وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذکور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه ولا يذهب عليك أن عبارة كله في قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله تمنع من أن يكون قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى طعم الفرس خاصة بل يقتضي شموله لأبوال الابل أيضا (قوله وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبايح فلا نعيد ها) أقول في رواج هذه الحوالة بحث فان ألبان الاتن من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا أبوال الابل من هذه الجملة ولم تبين في شيء من كتابي الصلاة والذبايح وانما بينت في كتاب الطهارات في فصل البتر في ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مررت هذه الجملة في كتاب الطهارة والذبايح ويمكن أن تعمل في توجيه كل من هاتين الصورتين أما في توجيه الصورة الاولى منهم ما فبان يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بينا هذه الجملة على ما عدا الالبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيد ها بقوله واللبن يتولد من اللحم فأخذ حكمه وأما في توجيه الصورة الثانية منهم ما فبان الطهارات ما كانت من شروط الصلاة ومبادئها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلاة مسامحة قال بعض المتأخرين وانما قال في الصلاة مع أن البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البتر إشارة الى أنه ينبغي أن يذكروا مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلاة كما وقع في فتاوى فاضيلان وأن لا يترجم لها كتاب على حدة انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن ما له أن يكون مراد المصنف بتعبيره المذکور الإشارة الى تقييد نفسه فيما فعله في أول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلاة وهل يليق بالعاقل أن يقصد الإشارة الى مثل ذلك على أن الشراح ذكروا طائفة في أول الكتاب وجهها وجهها لا يراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي أن يذكروا مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلاة ممنوع وعن هذا ترى أكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم أن شرب أبوال الابل حرام عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رحمه الله مطلقا والتداوى فقط عند أبي يوسف وذكر أدلتهم هناك لكن بني دليل محمد على طهارته مع أن استلزام طهارته حل شربه غير ظاهر وأن

قوله (واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه) برده عليه ابن الخليل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنة حلالا لا بأس به وأكل لحمه محرما مع أن لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما ما أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه محال لا بأس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجر جر في بطنه نار جهنم قيل معناه يرد من جر جر الفضل اذا رد صوته في خبثه ونار من صوب على ما هو المحفوظ من الثقات

(قوله برده عليه ابن الخليل الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو) أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب) أقول فيه بحث والاولى أن يقال اذا وجد جهة الحرمة فيه أيضا

وقوله (لأنه في معناه) أي
لأن الأدهان من آنية
الذهب في معنى الشرب
منها لأن كلاهما استعمال
لها والمحرم هو الاستعمال
قبل صورة الأدهان المحرم
هو أن يأخذ آنية الذهب
أو الفضة ويصب الدهن
على الرأس وأما إذا أدخل
يده فيها وأخذ الدهن ثم
صبه على الرأس من اليد
لا يكره قال صاحب النهاية
هكذا ذكره صاحب الذخيرة
في الجامع الصغير وأرى
أنه يخالف لما ذكره
المصنف في المسحلة فإن
الكحل لا بد أن يفصل
عنها حين الاحتمال ومع
ذلك فقد ذكره في المحرمات
المضبب المشدود بالضباب
جمع ضبة وهي حديدة
عريضة والمشهد المسن
والنفر ما يجعل تحت ذنب
الدابة

(قوله من آنية الذهب)
أقول والفضة كذلك (قوله)
قبل صورة الأدهان المحرم
إلى قوله لا يكره) أقول وفي
شرح ويحتمل هذا التفصيل
في الأكل والشرب أيضا
(قوله وأرى أنه يخالف لما
ذكره المصنف في المسحلة إلى
قوله في المحرمات الخ) أقول
لكن المستعمل يأخذ
المسحلة بيده ويضع فيها
الميل بخلاف الآنية إذ
لا يحتاج فيه إلى الأخذ باليد

وإذا ثبت هذا في الشرب فكذلك في الأدهان ونحوه لأنه في معناه ولأنه تشبه بزي المشركين وتنعيم المترفين
والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراهمة التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لمعموم النهي
وكذلك لا كل بلعة الذهب والفضة والاكحال يعمل الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالكحل والمرأة
وغيرهما لما ذكرنا قال (ولأنه باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبور والعتيق) وقال الشافعي
يكره لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لأنه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب
والفضة قال (ويجوز الشرب في الأناء المفضض عند أبي حنيفة والر كوب على السرج المفضض
والجلوس على الكرسي المفضض والسير المفضض إذا كان يتقي موضع الفضة) ومعناه يتقي موضع الفم
وقيل هذا وموضع اليد في الأخذ وفي السير والسرج موضع الجلوس وقال أبو يوسف يكره ذلك
وقول محمد يروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف وعلى هذا الخلاف الأناء المضبب بالذهب والفضة
والكرسي المضبب به ما وكذا إذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرأة أو جعل المصحف مذهبها
أو مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والر كاب والنفر إذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب
أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخص فاما التوبة الذي لا يخلص فلا بأس به بالإجماع

طهارته لم تلزم عنده الأمن حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاؤكم فيما حرم عليكم كما سبق
فبناء حله على طهارته ودور ظاهر إلى هنا كلامه أقول حديث الأورساقط جدا لأن حله انما يكون علة
لطهارته في العقل بأن يصير دليلا عليها وأما طهارته فأنما تكون علة لحله في الخارج فاختلفت الجهة
وهذا نظير ما قالوا في العلوم العقلية أن الحمى علة للعقوبة في الذهن والعقوبة علة للحمى في الخارج
فلا استدلال بالحمى على العقوبة برهان إني وبعبكس برهان إني ولا دور أصلا وهكذا الحال بين كل مؤثر
وأثره فإن الأول علة للثاني في الخارج وإن كان الثاني علة للأول في العقل أي دليلا عليه ومن هذا
القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع (قوله وإذا ثبت هذا في الشرب فكذلك في الأدهان
ونحوه لأنه في معناه) أي لأن الأدهان في آنية الذهب أو الفضة ونحوه في معنى الشرب منها لأن كلاهما
ذلك استعمال لها والمحرم هو الاستعمال بأي وجه كان لما فيه من التجرؤ والاسراف فيشمل الأدهان
والتمطيب أيضا وفي النهاية قبل صورة الأدهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن
على الرأس أما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صببه على الرأس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب
الذخيرة في الجامع الصغير اه قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وأرى أنه يخالف لما ذكره المصنف في
المسحلة فإن الكحل لا بد أن يفصل عنها حين الاحتمال ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات انتهى أقول
يمكن دفع المخالفة بين القولين بأن المحرم في أواني الذهب والفضة وآلاتها هو استعمالها واستعمال آنية
الذهب والفضة عند ارادة الأدهان منها أنما يتحقق في العرف والعبادة بأخذ آنية ما وصب الدهن منها
على البدن لا بدخال اليد فيها وأخذ الدهن ثم صببه على البدن وأما استعمال مسحلة الذهب أو الفضة
فأنما يتصور عادة بإدخال الميل فيها ثم الاكتحال به فأنه يصل الكحل عنها حين الاحتمال لا يتقدح في تحقق
استعمالها فافتراواء عرض صاحب التمهيل على ما قبل في صورة الأدهان المحرم بوجه آخر وهو أنه
يقضي أن لا يكره إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بعلقة ثم أكل منها وكذا إذا أخذه بيده
وأكله منها أو أجاز عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله صاحب العناية في
المسحلة حيث قال بعد ذلك كذا الاعتراض أقول منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف
على مرادهم أما الأول فلأن من في قولهم من أناء ذهب ابتدائية وأما الثاني فلأن مرادهم أن الأدوات
المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها إذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فإن
الأواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لأجل أن كل الطعام انما يحرم استعمالها إذا أكل الطعام

لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولا يبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتتابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال (ومن أرسل أجياله مجوسياً أو خادماً ما شترى له ما فقال اشترى به من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعاه كله) لأن قول الكافر مقبول في المعاملات لأنه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وان كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه)

منها باليد أو المعلقة لأنها موضعت لأجل ابتداء الأكل منها باليد أو المعلقة في العرف وأما إذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتهاء ابتداء الاستعمال منها وكذا الاواني الصغيرة المصنوعة لأجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها إذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد لانها انما صنعت لأجل الادهان منها بذلك الوجه وأما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتهاء ابتداء الاستعمال منها فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه أقول فيه نوع استدلال بل اختلال فإن قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه اياه بقوله أما الاول فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتداءً أمر زائد بل محتمل أما اولاً فلان المذكور في عبارة عامة المشايخ في أنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتأخرين من أصحاب المتون وأما ثانياً فلانه لا تأثير لابتداء في تشسية الجواب الذي ذكره ههنا اذ يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال في الابتداء أو في الانتهاء يظهر ذلك بالتأمل الصادق والذوق السليم ثم ان بعض المتأخرين بعد أن ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال والحق أن الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره الجيب بل بوجود مماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة فإن للمماس تأثيراً في الحرمة كما سيبي ومن وجوب الانتفاء عن موضع الفضة في الاناء المفضض أو المضبب وقت الشرب فتأمل انتهى أقول يرد على هذا الفرق الذي زعمه حقا النقض الذي أورده صاحب التسهيل فانه اذا أخذ الطعام من أنية الذهب أو الفضة بملعة ثم أكل منها أو أخذه بيده وأكله منها لم يوجد هناك مماسة اليد بالانية مع أنه يكره بلا شك فالخاص الكلي هنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغیر ذلك وأما الاناء المفضض أو المضبب فمعرزل عما نحن فيه فانه ليس بخاص فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب فاعتبر أبو حنيفة في حرمة الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذي هو الفضة أو الذهب ولم يعتبر اصحابه ولكل من الجانبين أصل يأتي بيانه (قوله لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره) جمعها في التعليل جرياً على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع أبي يوسف وان كان أفراداً بآب يوسف في بيان الحكم فيما قبل وأما صاحب الكافي فأفرده ههنا أيضاً حيث قال احتج أبو يوسف بعموم ما ورد من النهي ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي قلت ورد النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المنقوض والمضبب ممنوع وقال في الحاشية رد الما في الكافي من احتجاج أبي يوسف أقول ليس ذلك تمام لان ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يعم المنقوض والمضبب عبارة بعمهم ما دلالة كعمومه لا لادهان منه ونحوه وكعمومه لا كل بملعة الذهب والفضة والا كحال عسل الذهب وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما فان المدار في كلها تناول النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به وعن هذا قال في المحيط البرهاني حجتهم العجومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملاً كل جزء منه فكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة

(ولا يبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتتابع) حكى أن هذه المسئلة وقعت في دار أبي جعفر الدواني بمحضرة أبي حنيفة وأئمة عصرهم رجهم الله فقالت الأئمة يكره فقبل لا يبي حنيفة ما تقول فقال ان وضع فيه على الفضة يكره والا فلا فقبل له ما ألحجه فيه فقال أرايت لو كان في اصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أكره فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر قال (ومن أرسل أجياله مجوسياً الخ) كلامه واضح

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة قال (ويجوز أن يقبل في الهدية والأذن قول العبد والجارية والصبي) لان الهدايا تبعت عادة على أيدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استحباب الشهود على الأذن عند الضرب في الأرض والمبايعات في السوق فلزم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي إليك هدية وسعه أن يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو بنفسها لما قلنا

في الاناء وغيره انما كانت التشبيهة بالكسرة والجارية فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا أما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تأمل وقال الامام الزيلعي في شرح الكنتز لا ينفك ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام قال من شرب في اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شيء من ذلك فإنه يجزى جر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني انتهى ورد عليه أيضا ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على أي حنيفة رحمه الله لكن لم نجد في روايات البخاري وغيره الا خلافا من زيادة أو اناء فيه شيء من ذلك وقال في الحاشية رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج أبي يوسف انتهى أقول عدم وجدانه ذلك الزيادة فيماراه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم يرحلها وقد بين الامام الزيلعي طريق اخراج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح أن يجعل ذلك البعض مجزى لعدم اطلاعه على ذلك رده وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كالأخفى (قوله معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم) أقول كان الاظهر أن يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال

اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل أو الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤثر كل دون ذبيحة غيرهما فإنه من مسائل كتاب الذبايح وقد مر مستوفي وعبارة المصنف توهم أصالة الثاني كما ترى ثم انه لو قال في المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان أظهر من الكل وكان أوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم الا أنه لم يغير لفظ محمد رحمه الله في الجامع الصغير تبركاه (قوله لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه أكله فإنه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما انتهى أقول في تفسيره قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه أكله ركاكة جدد الان قوله وسعه أكله جواب المسئلة فهو في قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لانه مرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه أكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله في قبول قوله فيما أخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغوم الكلام والحق عندى في شرح كلام المصنف هنا أن يقال يعني أنه لما قبل قوله في الحل أي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم فإنه يتضمن اثبات حل كل ما اشتراه كما صرحوا به قاطبة أولى أن يقبل قوله في الحرمة أي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي والمسلم فإنه يتضمن اثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به أيضا تبصر (قوله لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو بنفسها لما قلنا) قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعت عادة على أيدي هؤلاء انتهى أقول لما منع أن يمنع أن نفس الجوارى والعبيد تبعت عادة على أيدي هؤلاء بخلاف اهداء غير أنفسهم من الهدايا فإنها تبعت عادة على أيديهم بلا محال النكير من أحد وقال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلزم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج وتبعه العيني أقول ولما منع أن يمنع أن عدم قبول قولهم في اهداء موالهم أنفسهم يؤدي إلى الحرج لا مكان اهدائهم على أيدي غيرهم من سائر العبيد والجوارى

وقوله (لانه لما قبل قوله في الحل) يعني في قوله وسعه أكله فإنه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما وأني رواية الجامع الصغير لان الهدية فيها نفس الجارية وقوله (لما قلنا) راجع الى قوله لان الهدايا تبعت عادة على أيدي هؤلاء

(قوله لان الهدايا تبعت على أيدي هؤلاء عادة) أقول يمكن أن يمنع اشتراط العادة

قال (ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل) ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس فلو شرطنا شرطاً يؤدي إلى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلاً كان أو فاسقاً ككافراً أو مسلماً عبداً أو حراً ذكراً أو أنثى دفعل الحرج أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فإذا أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لأن الفاسق منهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لأن الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة ولا يتبناه المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة أنه يقبل قوله فيها جراً على مذهبه أنه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيهما أكبر الرأي

أو الصديق وعدم القدرة على غيرهم أصلاً نادراً لا يعد مثله مؤدياً إلى الحرج بخلاف إهداء الهدايا مطلقاً على أيدي غير جنس العبيد والحواري والصبيان فإن فيه حرجاً ينافي سميها في إهداء الأمور الحسنة (قوله) ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل قال في التلويح قبل ذلك كرفخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل في مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحري وفي موضع آخر أنه يشترط التحري وهو المذكور في كلام الامام السرخسي ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير فقبل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان نفسه هذا فيبشرط ويجوز أن يشترط استحساناً ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان انتهى أقول بشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل في الديانات أيضاً بشرط التحري كما سيأتي التنصير به في الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدى الروايتين وهي رواية الاشتراط فالظاهر المناسب عندي هو التوجيه الثاني فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحري (قوله) ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقبل قوله فيها جراً على مذهبه أنه يجوز القضاء به قال الشراح وظاهر الرواية أصح لأنه لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى أقول فيه بحث لان أصل أبي حنيفة في الشهادة أن يقتصر الحياكم على ظاهر العدالة إذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تنقرف في كتاب الشهادات فكان أحد شرطى الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقة تها ولا ريب أن المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدوداً في قذف ففي غير ظاهير الرواية أيضاً لم يلزم عدم اعتبار أحد شرطى الشهادة فلم يدل ما ذكره على أصحية ظاهر الرواية ويمكن أن يقال ليس مقصودهم بيان أصحية ظاهر الرواية على أصل أبي حنيفة في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور وما لم يبين عدالته كما تعتبر شهادته في القضاء عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات والفتوى على قولهما في هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلاً عن شمس الأئمة السرخسي حيث قال قال شمس الأئمة السرخسي في أصوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه بمنزلة العدل في رواية الاخبار لشبون العدالة ظاهراً بالحديث المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا جواز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما ثبتت مع الشهادات إذا لم يطعن الخصم ولكن ما ذكره في الاستحسان أصح في زماننا فان الفسق غالب في أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم يبين عدالته كما لا تعتبر شهادته في القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا من اختلاف نحرر بعض المتأخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في

وقوله (ولا يقبل فيها) أي
في العبادات (قول المستور)
وقوله (جراً على مذهبه أنه
يجوز القضاء به) يعني إذا لم
يطعن الخصم وظاهر الرواية
أصح لأنه لا بد من اعتبار
أحد شرطى الشهادة
ليكون الخبر ملزماً وقد سقط
اعتبار العدد فبقى اعتبار
العدالة وقوله (حتى يعتبر
فيهما) أي في الفاسق
والمستور إذا أخبرا بخباصة
الماء (أكبر الرأي)

وقوله (ويقبل فيها) أى فى الديانات قول العبد والحر والامة لان خبره هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما فى رواية الاخبار لانه بالترم نفسه أولا ثم يتعدى منه الى غيره (٨٦) فلا يكون من باب الولاية على الغير وقوله (ما ذكرناه) اشارة الى الهدية والاذن وقوله (فان كان أكبر رأيه أنه كاذب

قال (ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماس حتى اذا أخبره مسلم مرضى لم يتوضأ به ويتميم ولو كان المخبر فاسقا ومستورا تحرى فان كان أكبر رأيه أنه صادق يتميم ولا يتوضأ به وان أراق الماء ثم يتميم كان أحوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلامعنى للاحتياط بالاراقة أما التحرى فمجرد ظن ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتميم لترجح جانب الكذب بالتحرى وهذا جواب الحكم فأما فى الاحتياط فيتميم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمه اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفرعات ذكرناها فى كفاية المنتهى

ظاهر الرواية أى ولا يقبل قوله فى الديانات فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله ثم قال وجه الظاهر أنه لا بد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملازما وقد سقط اعتبار المدعى فى اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ما ذكره وجهها للصحة ظاهر اثر وابه وجهها للنفس ظاهر الرواية عن أبى حنيفة فمجرد عليه قطعاً أن حقيقة العدالة ليست بأحد شطرى الشهادة عند أبى حنيفة بل يكفي ظاهر العدالة عنده فى قبول الشهادة ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق فى المستور فامعنى اعتبار حقيقة العدالة فى قبول قوله فى الديانات فى ظاهر الرواية عنه فتدبر (قوله ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن ذكر الحر ههنا خال عن الفائدة اذ لا يشبهه على أحد قبول قول الحر فى كل أمر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة وأعل صاحب الكافى ذاق بساعة ذكر الحر ههنا فقال ويقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وقوله ويقبل فيها أى فى الديانات قول الحر والعبد والامة لان خبر هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما فى رواية الاخبار انتهى أقول قد زاد هذا الشارح فى الظنور نفعة حيث أتى بمحذور آخر فى كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحر ولا شك أن كلمة هؤلاء من جموع أسماء الاشارة فتكون ههنا اشارة الى الاشياء الثلاثة المذكورة وهى العبد والحر والامة فيصير معنى كلام الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة فى أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا ولا يندخل المشبهة فى المشبه ولا يخفى فساده وقال صاحب النهاية ويقبل فيها أى فى الديانات قول العبد والحر والامة لان فى أمور الدين خبر العبد كخبر الحر كما فى رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع أقول فى كلامهما أيضا نوع محذور لانهما جعللا الحرمة ميساعليه أو مشبهابه وهو داخل أيضا فى المدعى ههنا فكان مما يلزم اثباته أيضا هنا فكيف يتم أن يجعل ميساعليه أو مشبهابه لاحقر بنيه قبل أن يتبين حال نفسه فالتعليل التام الشامل للكل ما ذكره المصنف بقوله لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه (قوله وان أراق الماء ثم يتميم كان أحوط) أقول هذا مشكل عندى لانه اذا كان أكبر رأيه أنه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان الراجح أن يتجنب تلك الأعضاء واذا انجست أعضاؤه لم تجز صلاته ما لم تطهر والمفروض انتفاء ماء آخر مطهر والالم يجز التيمم فكان ينبغي أن يكون الاحتياط اذ ذاك فى ترك الاراقة لتأديمها الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان أكبر رأيه أنه كاذب كما سياتى من بعد فان التيمم هناك بشئ ظاهر فلا يلزم محذور أصلا فليست امل (قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلامعنى للاحتياط بالاراقة) أقول لقائل أن يقول لان سلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر كيف وقد

كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به) يعنى حكم الافى الاحتياط والاحتياط فى التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح أحد الوجهين قيل الاصل الظاهر وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله أما التحرى فمجرد ظن فقيهه احتمال الخطا وقوله (ومنها) أى من الديانات (الحل والحرمه) يقبل فيها خبر الواحد العدل اذ لم يتضمن زوال الملك كالخبر بحرمه الطعام والشراب يقبل فيه ما قول العدل فلا يحل الاكل ولا الاطعام لانها حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا أخبر رجل أو امرأه عدل للزوجين بأنهما ارتضا عن امرأه واحدة بل لا بد فيها من شهادة رجلين أو رجل واحد اثنين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله أى قول المجوسى فى الحل أولى أن يقبل فى الحرمة وهو يدل على ان العدالة فى الخبر بالحل والحرمة غير شرط

فكان كلامه متناقضا أجاب بأن ذلك كان ضمنيا وكم من شئ ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض لان المراد ههنا ما كان قصديا قال (قوله أوجب بأن ذلك كان ضمنيا) أقول ولا يمكن أن يجاب بأن الكافر قد يكون عدلا لان المراد بالعدل هنا المسلم المرتضى كما نص عليه المصنف هنا

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام الخ) قيل الولاية طعام العرس والغناء بالكسر السماع وقوله (كصلاة الجنازة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض فحمله لاقامة السنة وأجيب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله (فان قدر على المنع منهم وان لم يقدر يصبر وهذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب ان قيل أن يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكري مع القوم الظالمين

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام فوجدته لعباً أو غناء فلا بأس بأن يقعد وبأكل) قال أبو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بهما من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتم انباحة فان قدر على المنع منهم وان لم يقدر يصبر وهذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب ان قيل أن يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكري مع القوم الظالمين

صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابياً لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحاً والزم القطع بالنقصين عند اخبار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يقيد الاغلبة الظن دون اليقين وروافقه قول المصنف فيم امر لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرخصته والجواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعاً ودون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافي ومع العدالة يسقط احتمال الكذب شرعاً لانها عبارة عن الزجر عن المعاصي والكذب منها فكان منزجراً عنه انتهى فان قلت اذا بقي احتمال ما للكذب في العدالة فغامض في قوله فلامعنى الاحتمال بالارافة قلت مراده أنه لا معنى للاحتياط بالارافة في صورة العدالة احتياطاً مأموراً بالاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق أو المستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدل هو الظن دون اليقين فغامض في قول المصنف في مقابلة ذلك وأما التحري فجرد ظن قلت معناه أنه مجرد تخمين وظن لاغلبة ظن بخلاف عدالة المخبر فان الحاصل هناك غلبة الظن وهي أقوى من الاول فاقتربا (قوله وهذا لان اجابة الدعوى سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بهما من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتم انباحة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض فحمله لاقامة السنة وأجيب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم كذا في العناية وعامة الشروح أقول الجواب منظوفه لانهم ان أرادوا بقوله انما سنة في قوة الواجب أنها مثل الواجب في الاحكام كما يصح عنه قول صاحب النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما ثبت في الواجب فهو ومشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقر فيه كون السنة قسماً للواجب ومغايرة له في الاحكام حيث صرحوا فيه بأن الواجب مما كان فعله أولى من تركه مع منع تركه والسنة مما كان فعله أولى من تركه بلا منع تركه وان تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان أرادوا بقوله انما سنة في قوة الواجب مجرد بيان تأكد سنيتها فهو لا يجدي نفعاً في دفع السؤال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت مؤكدة تأكداً تاماً للظهور والتفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنازة فرض لا واجب محض فعلي تقدير أن يكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السؤال أيضاً اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحداً الاول دون الثاني فلا وجه للقياس وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى أقول ليس هذا بشئ لان تشبيه اجابة الدعوة بصلاة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يقيد شيئاً فقهاً فيلزم أن يكون قول المصنف كصلاة

(قوله ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ) أقول فيه بحث الا ان يقال ليس بقياس كالتشبيه قوله وجه التشبيه وفيه أنه تبقى المسئلة حينئذ بلا دليل

الجنائز واجبة الاقامة وان حضرته نياحة كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشي له ثم أقول
يمكن أن يجاب عن ذلك السؤال بوجه آخر وهو أن اجابة الدعوة وإن كانت سنة عندنا ابتداء إلا أنها
تنقلب الى الواجب بقاء أي بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالزامه اجابتها كما
أشار اليه المصنف فيما بعد فيصير هذا نظير الصلاة النافلة فانها تنقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام
اقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما
سيجي فيكون قوله كصلاة الجنائز واجبة الاقامة وان حضرته نياحة قياسا الواجب على الواجب في
المآل فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لا
لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الجنائز يحضرها النياحة لانه ان أراد مطلق الدعوة
فلا نسلم أن اجابتها سنة وان أراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التفرير بل لان حق الدعوة يلزمه
بعد الحضور لا قبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتأخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة
المسئونة في قوله لان اجابة الدعوة سنة ما يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم تقرير
الدليل لان فرض المسئلة في دعوة اقترنت بله وفيها لا تسن الاجابة ابتداء كما سيجي فاذا عرف
المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة أصلا وأما اذا هجم عليه ولم يعرفه كجهل القروض بدليل
قوله فوجدته يجب عليه الجأزم والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء فهذا ينطبق الدليل على المدعي فلا يرد
عليه ما قيل ان أراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة أن اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجي وأن
الدعوة اذا قارنت شيئا من اللهول يلزمه حق الدعوة وان أراد أن اجابة الدعوة على وجه السنة كذلك
فلا يتم التقرير بوجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فتأمل
الى ههنا كلام ذلك البعض أقول لا يذهب على ذي فطنة أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء
أما نحوه عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط الا بتصور تحقق اجابة الدعوة
انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بعدم مجيئه الى
محل الدعوة أصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فاذا كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء واجابتها
انتهاء فرع مجيئه الى محل الدعوة أولا وليس فليست وانما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة
ابتداء فقط كما اذا دعى الى وليمة أو غيرها أحاب وذهب الى محل الدعوة فوجدته لعبا وغناء فلم يقعد ولم
يأكل فانه يوجد هناك الاجابة ابتداء لانتهاء كما لا يخفى وصورته الشرعية فيما اذا كان المدعو مقبدا
ولم يقدر على منعهم كما سيجي في الكتاب والعجب أن ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة
انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب تحت قوله والاجابة انتهاء فقط أما عكسه وهو القائل الثالث
ههنا فلا يتصور وقوعه اه فرغم ما هو متصور الوقوع غير متصور الوقوع وبالعكس ولم يدرك أن تحقق
انتهاء الشيء في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى وأما خلوه كلامه عن التحصيل
انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء
اذا هجم أنه اختار كون المراد أن اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه
انتهاء كان من متفرعات منع ذلك ولكن ماذا كره في وجهه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل
الحضور أن الدعوة قارنت شيئا من البدعة لم يلزمه الاجابة أصلا كما سيجي في الكتاب وذكر ذلك القائل
أيضا في أثناء كلامه ويكتفي لست بمنع أن اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه
وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للدعوة وانتهاء اذا هجم عليه
انما يكون بأن علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الاولى التي هي السند للانع المذكور
ولاشك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ما ذكره وجهه الاندفاع

وقوله (ودلت المسئلة على أن

المسلاهي كلها حرام) لأن

محمدًا رحمه الله أطلق اسم

اللعب والغناء بقوله فوجد

ثمة اللعب والغناء فاللعب

وهو اللهو حرام لا يقال

الحياة الدنيا لعب ولهو

لقوله تعالى اعملوا أعمال الحياة

الدنيا لعب ولهو والحياة

الدنيا ليست بحرام لأن

الحاصل من هذا القياس

بعض اللهو واللعب ليس

بحرام وهو ما استثناه النبي

صلى الله عليه وسلم في قوله

هو المؤمن باطل الا في ثلاث

نأديه لفرسه ورميه عن

قوسه وملاعبته مع أهله

وقوله (بضرب القضيبي)

عني به خشب الحارس

(قال المصنف ولوعلم قبل

الحضور لا يحضره) أقول فيه

كلام لأن الحديث ينظمه

(قوله لقوله تعالى اعملوا أعمالا

الحياة الدنيا لعب الخ) أقول

المراد بها أمور الدنيا أعني

مالا يتوصل به الى الفوز

الا حلال (قوله ليس بحرام)

أقول يعني مطلقا (قوله

لأن الحاصل من هذا

القياس بعض اللهو الخ)

أقول لكن القياس الاول

يقضي الكلية كما لا يخفى

ثم ان الاولى أن يجاب بأن

الكلام على التشبيه فليتام

(قوله وهو ما استثناه النبي

عليه الصلاة والسلام)

أقول فيه نظر يظهر وجهه

بالنظر في كتب التفسير

وهذا كله بعد الحضور ولوعلم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد يلزمه ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيبي

والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد أن اجابة الدعوة على وجه السنية فتكون الاجابة سنة وبيان تمام تقريب الدليل بأن الدعوة على ثلاثة أوجه الاول ان دعى الى ولاية أو طعام ولم يكن ثمة شيء من البدع أصلا والثاني ان دعى الى ذلك ولم يذكر حين الدعوة أن ثمة شيئا من البدع ولم يعلم المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعى الى ذلك وذكر أن ثمة شيئا من البدع فعلم المدعو قبل الحضور وفي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا تكون الاجابة لازمة للدعوى أصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشي فيها الدليل المذكور فيتم تقريب تأمل توقف (قوله وهذا كله بعد الحضور ولوعلم قبل الحضور لا يحضر) أقول لقائل أن يقول الحديث المذكور يعبر ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقرر في علم الاصول أن المعرف باللام اذ لم تكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلاة والسلام من لي يجب الدعوة فقد عصي أبا القاسم معرفة باللام ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق فتعم كل دعوة والجواب أنه ان كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توقيفا بين النصوص مهما أمكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف هناك فافترا قال قوله ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيبي) لأن محمدًا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام كذا في العناية وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسئلة على أن الملاهي كلها حرام هو الصحيح المختار عندي وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم هو المؤمن باطل الا في ثلاث تأديه لفرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة اللهو هو النص والكلام في دلالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يثبت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام اذ ذلك متفرعا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فيصير حاصل التعليل أن محمد المأ أطلق اسم اللعب والغناء في هاتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم أن اللعب الذي هو اللهو حرام مطلقا وهو جيد مفيد للدعي وأما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا بنا في قولهم في أول التعليل لأن محمد أطلق اسم اللعب والغناء اذ على تقدير أن لا يكون ما ذكره محمد في هاتيك المسئلة من هذه الثلاث يلزم أن لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل أن يكون مقيدا بغير هذه الثلاث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلاث لا بالنسبة الى كل لعب فلا تنافي لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم إنما أخذوا اطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة اللعب والغناء ولا يخفى أن قوله المذكور انما يقتضي الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى بعض منه وهو ما عدا الثلاث المذكورة ثم أقول بقي شيء في أصل كلام المصنف وهو انه لو اعتبر دلالة المسئلة المذكورة على أن الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث المستثناة في الحديث أيضا ولم يقل بها أحد اللهم الا أن يقال تلك الثلاث مستثناة في كلام محمد تقدير انباء على كونها مستثناة في الحديث صريح ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال

وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء بالحرم يكون

لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناء النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تأديبه فرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله انتهى كلامه أقول أراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكر في السؤال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة بقسمة الاقتراني وبالحاصل منه نتيجة وأشار بقوله بعض اللهو واللعب الى جرئية تلك النتيجة بناء على أن الشكل الثالث لا ينتج الاجرئية كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا لكن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى فكأنه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث أو عن كون نتيجة الشكل الثالث جرئية لا غير وقال بعض المتأخرين هناك شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدي مقدمتيه وهي ههنا منتفية انتهى أقول ليس هذا أيضا صحيح اذا تظاهر أن كما تقدم في القياس المذكور كيتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب في الثانية على رفع الإيجاب الكلي دون السلب الكلي فكلية الاولى مقررة وأداة سور الكلية هي الالام الاستغراقية الداخلة على الحياة الدنيا وليست أداة سورها مختصرة في لفظة كل بل كل ما يدل على الكلية من الالفاظ فهو أداة سورها كما صرحوا به ثم أقول في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد وأما قوله وهو ما استثناء النبي عليه السلام فلا لان القياس المذكور انما ينتج أن بعض اللهو واللعب وهو الحياة الدنيا ليس بحرام فان الذي كان حراما أوسط في ذلك القياس هو الحياة الدنيا فهي المراد ببعض في النتيجة ونظير هذا ما اذا قلنا كل انسان حيوان ولا شيء من الانسان يفرس فانه ينتج أن بعض الحيوان الذي هو الانسان ليس يفرس لأن بعضه أي بعض كان ليس يفرس والالم يكن للحد الاوسط تأثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعا وهذا كله غير خاف على من له دربة بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور أن بعض اللهو واللعب الذي هو الحياة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصورتين الثلاث المسستتناة في الحديث لان ما لا يحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لا يحصى فما الوجه للتخصيص على أن ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لما كان أن يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملائكة كلها حراما لكانت الحياة الدنيا أيضا حراما لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحياة الدنيا لعب ولهو ولكن الحياة الدنيا ليست بحرام ينتج أن الملائكة كلها ليست بحرام ولا شك أن الجواب المذكور لا يتمشى حينئذ فالصواب في الجواب أن يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا انما الحياة الدنيا لعب ولهو وانهم اللهو واللعب وهو حقيقة بل المراد والله أعلم أنها كالعاب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعني أنها كاللعب واللهو في سرعة فنائها وانقضائها صرح به في التفسير فلا يلزم من عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو أيضا كما لا يخفى (قوله وكذا قول أبي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالحرم يكون) يعني ودل أيضا قول أبي حنيفة ابتليت على أن الملائكة كلها حرام لان الابتلاء لا يكون الا بالحرم وقد أشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالحرم يكون أقول لقائل أن يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجدته مسلمة بناء على أن الابتلاء لا يكون الا بالحرم وأما دلالة على حرمة كل الملائكة كما هو المدعى فممنوعة كيف وقد قال ابتليت بهم سدا مرة انتهى ولا شك أن ما ابتلي به مرة لا يكون كل الملائكة بل انما يكون شيئا معيناً منها واعترض عليه صدر الشرح بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن أن يقال ان الصبر على الحرام لا إقامة السنة لا يجوز والصبر الذي قاله أبو حنيفة جاز أن يكون جالساً معرضاً عن ذلك الله ومنكره غير

وقوله (وكذا قول أبي حنيفة) معطوف على قوله ودلت المسئلة

﴿فصل في اللبس﴾ لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه قال (لا يحل للرجل لبس الحرير ويحل للنساء الخ) لما ذكر الحرمة والحل استدلل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم اغتبا بلبسه من لاخلق له في الآخرة وهو عام في الذكور والانثى لزم أن يقول (وانما حل للنساء) (٩١) بحديث آخر) فان قيل الحديث الدال

على حله لمن امان أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيعارضان لأن العام كالخاص في افادة القطع عندنا وأولا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخر التلا يلزم النسخ مرتين فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبر وذلك أنه قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم

﴿فصل في اللبس﴾ (قوله) لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية) أقول فيه بحث فان أول الفصول معقود لبيان الاكل والشرب كما ترى وقبول الاخبار وغيره مذكور لاجله لتعلقه به والتعميم بمثل التوضي اذا أخبر بنجاسة الماء ليتم الفائدة وهو ظاهر (قوله) وقدم اللبس الخ) أقول بل المقدم هو الاكل والشرب لشدة الاحتياج (قوله) واستدل على الحرمة بقوله عليه الصلاة والسلام اغتبا بلبسه من لاخلق له في الآخرة وهو عام في الذكور والانثى) أقول لم يتعرض للعموم انتهى لانه لا يظهر به العموم فيما ذكره مع أنه مفسر قول

﴿فصل في اللبس﴾ قال (لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء) لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباغ وقال اغتبا بلبسه من لاخلق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حريرا وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان علي ذكوراً أنثى حلال لانا نهم ويرى حل لانا نهم

مشتغل ولا متلذذ به انتهى أقول ذلك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء لا أنها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لا التزامه الاجابة بالحضور كما هو الشأن في سائر النوافل من الصلاة والصوم ونحوهما فان كلاً منها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لا فامة الواجب فيجوز كافي صلاة الخفارة اذا حضرته المناجاة وقد مر من مثل هذا الجواب فيما قبل فتدكر ثم ان جواز كون أبي حنيفة جالساً معرضاً عن ذلك اللهم ومنكره غير مشتغل ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهم ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشروح أن الصدر الشهيد روى في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ومذلول هذا الحديث أن مجرد الجلوس على اللهو فسق فاني تصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم ولم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شر من ذلك فتأمل وقد أورد صاحب الاصلاح والايضاح ما أورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما في أول ايرادها حيث قال بعد قوله وذلك قوله على حرمة كل الملاهي لان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحاً ومنه قوله عليه السلام من ابتلى بالفضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة ترك حذر عن ارتكاب المحظور فالظاهر أنه جالس معرضاً عن ذلك اللهم ومنكره غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو وعلى هذا لا يكون مبتلى بمحرام انتهى وقد نقله بعض المتأخرين بتقصير ونحوه وعزاه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصده رده فاقى بكلام مفصل مشوش قابل للدخل والخروج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشياً عن الاطناب الممل ومن شاء فليراجع كتابه

﴿فصل في اللبس﴾ قال صاحب النهاية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لان الاحتياج الى اللبس أشد منه الى الوطء انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية في هذا المعنى ولكن بعبارة أقصر أقول صدور هذا التوجيه منها في غاية الاستبعاد فان مقتضاء الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب وما ذكره فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى والصواب في وجه الترتيب أن يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب أشد وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لان احتياج الانسان الى اللبس أكثر من احتياجه الى الوطء لتحقيق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد أسير الى هذا التوجيه في معراج الدراية (قوله) وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة الى آخره) لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعيهم الرجال والنساء لزمه أن يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمبج اذا اجتمعا يجعل المحرم متأخراً كي لا يلزم النسخ مرتين وهذا لو تأخر

المصنف لهما العمومات بالنهاي عن لبس الحرير أيضاً لاحتمال توهم دعوى الخصوصية بالرجال في النهي مستنداً بلفظ لا تلبسوا (قوله) اما أن يكون قبل الاول فينسخ به الخ) أقول فان قيل ينبغي أن ينسخ أيضاً في الوجه الاول قلنا للمحرم رجحان فتأمل (قوله) أو بعده فيعارضان) أقول بل ينسخ الاول به فلا عسمية للسؤال وهو حاصل الجواب

(الآن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالأعلام والمكفوف بالحرير) لما روى أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير بالاموضع أصبعين أو ثلاثة أو أربعة أراد الأعلام وعنه عليه السلام أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال (ولابأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالوا بركه) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبي يوسف وإنما ذكره القاسمي ودوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب

قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الاناث فيجعل قوله عليه السلام حل لاثنتهم مقدما قلنا قوله انما يلبسه من لاخلقه في الآخرة يحتمل أن يكون بيانا لقوله حرامان على ذكر أو امتي لان هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تقليد النسخ ولان قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرم للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لاخلقه في الآخرة لبيان الوعد في حق من لبس الحرام فكانا كالتظاهر والنص راجع على الظاهر ونقول الدليل دل على أن مقتضى الحل للاناث متأخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبر وهذا آية فاطمة على تأخره كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل الحديث الدال على حله لمن اما أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا ولا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا للثالب يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعد بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبر وذلك آية فاطمة على تأخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه أقول تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لان التردد المثلث المذكور فيه قبيح جسد ابل مختل المعنى فانه ان أراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان أنهم حينئذ يتعارضان فيتساقطان فليس يصحح اذا المؤخر يكون ناسخا للمقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وانما التسايط فيما اذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تنقرا كل ذلك في علم الاصول وان أراد بذلك أنهم ما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا للمقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لدرجته في جانب السؤال وأقول في الجواب الذي ذكره ايضا شئ وهو أنه ذكر في الشروح وسائر المعبريات أنه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء أيضا العموم النهي ولما حدث الطحاوي عن أبي بكره عن أبي داود عن شعبة قال أخبرني أبو ذبيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا أيها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير يرفأني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد دلت على أن بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه أنكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب انه بعد بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبر فتأمل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جرئ من أن العموم أجيب بأن المسرود الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى أقول فيه بحث وهو أنه قد تقرر في علم الاصول أن عبارة النص ترجع على اشارته واشارته ترجع على دلالة فعله في تقدير أن يكون غير الشخص المشار اليه في قوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان الحديث ملحقا به بالدلالة يلزم أن يرجع الحديث الدال عبارة أو اشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكور والانثى كقوله عليه السلام انما يلبسه من لاخلقه في الآخرة على هذا الحديث في حق ما افاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار اليه في هذا الحديث للنساء فيلزم أن لا ينتقض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار اليه في الحديث للتساوي أين ثبت العموم (قوله ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالوا بركه) قال الشراح يعني

وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جرئين فمن أين العموم أجيب بأن المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة وقوله (قالوا بركه) يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس

(قوله وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع) أقول على أن الاباحة الاصلية ليست بحكم شرعي فلا يلزم تكرار النسخ على ما حقق في مقامه (قال المصنف الآن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أقول الاصبغ يذكر ويؤتى فذكر في ثلاثة وأنت في أربعة (قوله وقالوا بركه) يعني للرجل والمرأة جميعا) أقول كيف بقولان في قوله عليه الصلاة والسلام حلال لاثنتهم

لهما العمومات ولانه من زى الا كاسرة والجبايرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضى الله عنه
اياكم وزى الاعاجم وله ما روى أنه عليه السلام جلس على مرفة حرير وقد كان على بساط عبد الله
ابن عباس رضى الله عنهما مرفة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالأعلام فكذا القليل
من اللبس والاستعمال والجامع كونه غودجا على ما عرف قال (ولابس بلبس الحرير والديبايح في
الحرب عندهما) لما روى الشعبي أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديبايح في الحرب ولان فيه
ضرورة فان التماس منه أدفع لمعة السلاح وأهيب في عين العدو وليريقه (ويكره عند أبي حنيفة)
لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لم يتح حرير وسداه غير ذلك والمحظور
لا يستباح الا للضرورة

للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وما أخذهم الخلاصة فانه قال فيها والرجل والمرأة في هذا سواء بخلاف
اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة أقول تعميم
قول الامامين هنا للمرأة أيضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لانا نهم ليس بمقيد باللبس
بل الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعا هما هنا بالعمومات
كيف يتم كان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي روته جماعة من كبار الصحابة رضى الله عنهم
(قوله لهما العمومات) قال صاحب النهاية وهي ما ذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه
من لا خلاف له في الآخرة وما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم
ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عنا قال لاني رأيت عليكم ثياب أهل
النار انتهى واقتضى أثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات أقول حل العمومات
على هذه المذكورات لا يكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام
ههنا في توسده والنوم عليه والظاهر أنهم ليسوا بلبس اذ لا يقال لمن توسد شيئا أو نام عليه أنه لبسه لاني اللغة
ولا في العرف فاني وجد العموم اللهم الا أن يقال التوسد والاقتراش وان لم يكونا للباس في الحقيقة الا أنهم
في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصارا لمحققين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو
العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذان
سرامان الحديث وقوله عليه السلام لان أنكي على جرة القضا أحب الي من أن أنكي على مرفة حرير
وعن علي رضى الله عنه أنه أتى بدابة على سرجهما حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة انتهى واقتضى
أثره صاحب الكفاية في هذا البيان أقول هذا أشبه من الاول ولكن فيه أيضا شئ فان العموم في
الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيدها الحرمة فيه بشئ من اللبس والتوسد وغيرهما وأما في الاخيرين
فلان الثاني مخصوص بالانكاه والثالث مخصوص بما يفعل في السرج من القعود والاقتراش فلم يظهر
في شئ منهما العموم الا أن يتطرق في الثالث الى مجرد قوله هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة مع قطع النظر عما
قبله فحينئذ يحتمل العموم كما ترى (قوله والمحظور لا يستباح الا للضرورة) قال بعض المتأخرين قوله والمحظور
لا يستباح الا للضرورة يوهم أن ما لم يتح حرير وسداه غير مباح في غير الحرب أيضا فحق التعبير والضرورة
اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو حملنا المعنى على المحظور لا يستباح الا للضرورة فاذا
أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الإيجاز المخل الى هنا كلامه
أقول ليس هذا بشئ فان جميع مقدماته مجروح أما قوله والمحظور لا يستباح الا للضرورة يوهم أن ما لم يتح
حرير وسداه غير مباح في غير الحرب أيضا فلان ذلك الإيهام انما يتصور أن لو تحققت الضرورة في غير
الحرب أيضا وليس فليس وأما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة
الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه أن يقال يجوز أن يكون استباحة الاعلى للتوسعة بها

وقوله (لهما العمومات)
يريد به قوله نهى عن لبس
الحرير وقوله انما يلبسه من
لا خلاف له في الآخرة وما
روى عن عمر رضى الله عنه
أنه استقبل جيشا من
الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا
الحرير فلما وقع بصره عليهم
أعرض عنهم فقالوا لم
أعرضت عنا قال لاني رأيت
عليكم ثياب أهل النار
والمرقة بكسر الميم وسادة
الانكاه وقوله (والجامع
كونه غودجا) يريد به أن
المستعمل يعلم بهذا المقدار
لذمة ما وعد له في الآخرة منه
ليرغب في تحصيل سبب
بوصله اليه وقوله (لا فصل
فما رويناه) يريد به قوله
صلى الله عليه وسلم هذان
سرامان على ذكورا أمي

(قوله يريد به قوله نهى عن
لبس الحرير) أقول التوسد
والنوم عليه ليس لبسا
فكيف يستدل به الآن
يقال ذلك في معناه وقد مر
منه في الفصل الاول

وقوله (والخز مسدى بالحري) قيل هو اسم لتوب سده حري ولجته صوف حيوان في الماء وجلة وجوه هذه المسائل ثلاثة الاول ما يكون كاه حري وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز وعندهما يجوز وقد صرح الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سده حري ولجته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره لأن الحكم اذا تعلق بعله ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا والعمدة كذلك والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهو ابتاع الهية في عين العدو ليربقة ودفع معزة السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة روى هشام عن محمد رحمه الله أنه ما كان يرى بالباس المرتفع جدا بأسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم وربعا قيمته أربعة آلاف درهم وأبو حنيفة كان يرتدي برداء قيمته أربعة مائة دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده

ومارواه محمول على المخلوط قال (ولا بأس بلبس ماسده حري ولجته غير حري كالقطن والخز في الحرب وغيره) لأن العناية رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحري ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون بين القرو والظهار ولا أرى بحسب القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال (وما كان لجته حري أو سده غير حري لا بأس به في الحرب) للضرورة (ويكره في غيره) لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا

لأن الحاجة اليها فلا بد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمختار لا يستباح الا للضرورة وأما قوله ولو جلتا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الإيجاز المخل فلا ينافي لأنه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الإيجاز المخل أن لو كان قوله فاذا أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى مقدرا في كلام المصنف وأما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجب الإيجاز المخل في الكلام الذي ذكره المصنف كما لا يخفى وكأن ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة أعني قوله والمختار لا يستباح الا للضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلها العقلي وهو قولهما ولان فيه ضرورة الخ وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه المقام ثم لا يذهب على الفطن أن الجواب عن ذلك لا يتم عقدة واحدة فقوله والمختار لا يستباح الا للضرورة من غم الجواب والمعنى أن المختار الشرعي لا يستباح الا للضرورة والضرورة فمما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لجته حري وسده غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالقاعدة الثانية في تقرير المصنف مقدمة في المعنى الا أنه أخرها في الذكرك لكون مساس المقدمة الاولى بدليلها العقلي أكثر وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا أصلا تأمل ترشد (قوله ومارواه محمول على المخلوط) أقول فيه نظر لان مارواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والمخل على المخلوط ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللقعة والعرف ما كان كاه حري قال في المغرب الديباج الذي سده ولجته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه هذه المسئلة ثلاثة الاول ما يكون كاه حري وراوه الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سده حري وراوته غير فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا في كلامهم ههنا بان الديباج ما كان كاه حري ارفلا مجال للعمل على المخلوط في حقه (قوله ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى) قال جمهور الشراح في تعليل هذا لان الحكم اذا تعلق بعله ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى وقال بعض المتأخرين وقد يقال لان الثوب لا يكون ثوبا باللبس والشئ اذا تعلق وجوده بشئتين يضاف الى آخرهما وجودا أقول لا يخفى أن المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة اذا تعلق وجود شئ بشئتين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل مما ذكره لا مستقلا منقطعا عن الآخر يرشدك اليه قول الزبلي لان الثوب لا يصير ثوبا باللبس والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة أو نقول الثوب لا يكون ثوبا باللبس ما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى لكن لا يخفى على أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معافا لتعويل على الدليل الثاني ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى آخر الامرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من

عليه وسلم هذا حرامان
على ذكور أمي ولا بالفضة
لأنه في معناه فان قيل
قوله صلى الله عليه وسلم
هذان حرامان على
ذكور أمي لكونه خبر
الواحد لا يعارض قول الله
تعالى قل من حرم زينة الله
الآية ولا يقيد لان
التقيد نسخ فالجواب أنه
مشهور متفق عليه تلقته
الامة بالقبول فجاز التقيد
به وقوله (وقد جاء في
اباحه ذلك آثار) هو
ما روي أنه كان لرسول الله
صلى الله عليه وسلم خاتم
فضة فنهقه ونقشه محمد
سطر ورسول سطر والله
سطر وعن معاذ رضي الله
عنه أنه كان له خاتم من فضة
ونقشه محمد رسول الله
فقال له النبي صلى الله
عليه وسلم ما نقش خاتمك
يا معاذ فقال محمد رسول
الله فقال عليه الصلاة
والسلام آمن كل شيء من
معاذ حتى خاتمته ثم استوهبه
النبي صلى الله عليه وسلم
من معاذ فوهبه منه فكان
في يده صلى الله عليه وسلم
الى أن توفي ثم كان في يد
أبي بكر رضي الله عنه الى
أن توفي ثم كان في يد عمر
رضي الله عنه الى أن
توفي ثم كان في يد عثمان
رضي الله عنه حتى وقع
من يده في البئر فأنفق

قال (ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب) لما روينا (ولا بالفضة) لأنها في معناه (الاباحات والمنطقة وحلية
السيف من الفضة) بحقه فالمعنى التزوج والفضة أغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد
كيف وقد جاء في اباحه ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الاباحه والفضة وهذا نص
على أن التختيم بالجوهر والحديد والفضة حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالي
أجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي أرى عليك حلية أهل النار

الدليلين مع كونه ظاهرا خفي على بعض الشراح حيث علل الاول بالشأن الى هنا لفظ ذلك البعض
أقول لم يصب ذلك في رأيه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة أن الدليل الذي ذكره
المصنف لا يقيد المدعى بدون المصير الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشئين يضاف الى آخرهما
لان النسخ انما يحصل بالحكمة والسدى معا لا بالحكمة وحدها اذ النسخ انما هو تركب بالحكمة بالسدى كما
صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار بالحكمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة فاذا لم يقيد ما ذكره
المصنف المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلا مستقلا وتلك
المقدمة دليلا آخر فلا جرم نبه بجهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بعضهم
ايها اليه بطريق التعليل لقوله فكانت هي المعتبرة دون السدى وأصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل
الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح النام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره في التعليل كون
الحكمة آخر جز من الثوب ليس اعتبارا بعدمه وعدم التفاته فيه الى التصريح بتلك المقدمة يجوز أن
يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه واعتمادا على تقريره في كلمات المشايخ وليس في كلامه ما يمنع
فانه قال والنسخ بالحكمة بدون القصير عليها فكانت قال وتماز النسخ أو آخر النسخ بالحكمة والعجب من ذلك
البعض أنهم مع اعترافه بطلان ما ذكره المصنف بدون اعتبار حديث اضافة الحكم الى آخر الجزأين حيث
قال لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسخ يكون بالحكمة وهم بل هو بالحكمة والسدى معا جعل ما ذكره
المصنف دليلا مستقلا بدون المصير الى تلك المقدمة فاختر بطلان ما ذكره المصنف في التعليل حينئذ
وشنع على الشراح المصلحين كلامه بعدم الفرق بين ما ذكره المصنف وغيره وما غتره الاعبار الزبلي ولم
يتطرق أولم يلتفت الى ما وقع في كلامه من قول المشايخ من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع
فانه قال في تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصير نويا بالحكمة لانه انما يصير نويا بالنسخ والنسخ تركب
الحكمة بالسدى فكانت الحكمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط فانه
أيضا قال في تقريره بذلك لان الثوب انما يصير نويا بالنسخ والنسخ انما يتأق بالحكمة آخرهما فيضاف
صيرورته نويا بالحكمة فاذا كانت الحكمة من الحرير كان الكل حرا حكا انتهى ومنهم صاحب الكافي
فانه أيضا جمع كانه لذلك البعض ثم انه يجوز أن يكون مراد الزبلي بقوله أو نقول الخ تقرير بذلك
الدليل بعبارة أخرى من غير تعرض لقيد النسخ لاذكر دليل آخر مستقل مغاير الاول في المعنى والمال
يرشد اليه أنه قال بعد ذلك ولان الحكمة هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى
انتهى حيث أعاد حرف التعديل وهي اللام في هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراد معاذ ذكره
بقوله أو نقول الخ ايراد دليل آخر مستقل لاعاد اللام فيه أيضا تبصر (قوله ولا يجوز للرجال
التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنها في معناه) أقول لما منع أن يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح
فيما بعد بأنها أدنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختيم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم
والاباحه ضرورة التختيم أو التزوج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة ولا يخفى أن الادنى لا يكون في
معنى الاعلى وتوضيحه أن مقصود المصنف بقوله لأنها في معناه اثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال
بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور

ما أعظم ما في طلبه فلم يجده فوقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك وأقرب لفظ الجامع الصغير لاداء الحصر فيه

(ومن الناس من أطلق) منهم شمس الأئمة السرخسي رحمه الله فقال الأصح أنه لا بأس به كالعقيق فإنه مبارك تختمه به النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه ليس بجواز ليس له نقل الحجر وأطلق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه ولأنه يتخذ منه الأصنام فأشبهه الصقر الذي هو المنصوص عليه (٩٦) وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله هذان حرامان ومن الناس من جواز التختم بالذهب

ومن الناس من أطلق الحجر الذي يقال له يشب لأنه ليس بجواز ليس له نقل الحجر وأطلق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما روينا وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولأن الأصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة والحلقة هي المعبرة لأن قوام الخاتم بها ولا يعتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه بخلاف النسوان لأنه ترزين في حقهن وإنما يتختم القاضي والسلطان لحاجته إلى الختم وأما غيرهما فالأفضل أن يترك لعدم الحاجة إليه قال (ولا بأس بعمسار الذهب يجعل في حجر الفص) أي في ثقبه لأنه تابع كالعلم في الثوب فلا يعدل بأسه قال (ولا تشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند أبي حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب أيضا وعن أبي يوسف مثل قول كل منهما هما أن عرقه من أسعد الكنا في أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفان من فضة فأنشئت فأمره النبي عليه السلام بأن يتخذ أنفان من ذهب ولا ي خفيفة أن الأصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى في الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تسدفع في الأنف دونها حيث أتت قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحسري) لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللباس كالحمل لم يحرم شريم حرم سقيمها قال (وتكره الخرقعة التي تحمل فيمسخ بها العرق) لأنه نوع تجبر وتكبر (وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يخط بها) وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر وصرار كالتربعع في الجلوس

أمتى وقد تقرر في علم الأصول أن شرط دلالة النص أن يكون المسكوت عنه أولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق أو مساويا له فيه ولا يجوز أن يكون أدنى منه وليس الأمر في الفضة كذلك لما عرفت (قوله ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب لأنه ليس بجواز ليس له نقل الحجر) أقول الاستدلال على عدم حرمة التختم بالشب لأنه ليس بجواز لا حاصل له لأن ما ليس بجواز قد يكون مما يحرم التختم به بخلاف كالحديد والفضة ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر كوروده في الذهب والحديد والفضة حتى يكون المقصود من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص في جواز التختم ببعض الأحجار كالعقيق فإنه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق وقال يتختموا بالعقيق فإنه مبارك كما ذكر في الكافي وغيره فكان النسيب بكونه حجرا أظهر نفعاً في إثبات مدعى من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه حجرا وعن هذا قال الإمام فاضلنا في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم بالحجر الذي يقال له يشب والصحيح أنه لا بأس به لأنه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه يتختم بالعقيق انتهى كلامه (قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام) قال بعض المتأخرين هذا نص صريح بما علم من قوله الابانخاتم إلا أنه ذكره توطئة لما فصله من دلائله انتهى أقول ليس ذلك بسد لان معنى قوله الابانخاتم إلا أنه يجوز للرجال التحلي بالخاتم لأنه استثناء من قوله ولا يجوز للرجل التحلي بالذهب ولا بالفضة والاستثناء من النفي إثبات بل لا ريب وما ذكره ههنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا نص صريح بما علم من قوله الابانخاتم والتخالف بين نفي جواز الشيء وإثباته ضرورة ولوقال هذا نص صريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله الابانخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بأن منه وهم

لما روي عن البراء بن عازب رضي الله عنه أنه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن النبي عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل التختم بالفضة لقلته ولكونه غموضا وجعل كالعلم في الثوب فكذلك في الآخر والجواب أنه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ

خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا ألبسه أبدا فرماه الناس وقوله (ويجعل الفص إلى باطن كفه) أي لأنه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما) يعني اختلاف المشايخ في قول أبي يوسف فمنهم من ذكر قوله مع أبي حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وذكر في الامالي مع قول محمد رحمه الله والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت

عنده وقعة لهم وقوله (وهو الصحيح) لأن عامة المسلمين استعملوا هكذا في عامة البلدان لدفع الأذى عن الثياب النفيسة ولا وماراه المسلمون حسنا فهو وعند الله حسن وقد جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه بدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربعع في الجلوس والاعتكاف

ومعنى قول الشاعر أن الرجل إذا خرج في سفر عمدا إلى شجر يقال له رتم فشد بعض أغصانه ببعض فإذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخنني امرأتى وإن أصابه وقد انحل قال خانتني هكذا المروى عن الثقات إلا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتبة وهى خيط التذكيرة يعقد بالأصبع وكذلك الرتبة قال الشاعر

إذا لم تكن حاجتنا في نفوسكم * فليس بغن عنك عقد الرثام

بمعنى الهدر والغلب والله أعلم

(٩٧)

والتعقاد مصدر بمعنى العقد للبالغة على وزن التفعال كالتهدار والتلعاب

فصل في الوطء والنظر
واللمس

مسائل النظر أربع نظر الرجل

إلى المرأة ونظرها إليه ونظر

الرجل إلى الرجل ونظر المرأة

إلى المرأة والأولى على أربعة

أقسام نظرها إلى الأجنبية

الحرية ونظره إلى من يحل له

من الزوجة والأمة ونظره

إلى ذوات محارمه ونظره إلى

أمة الغير قال (ولا يجوز

أن ينظر الرجل إلى الأجنبية

الخ) القياس أن لا يجوز

نظر الرجل إلى الأجنبية

من قرنها إلى قدمها إليه

أشار قوله صلى الله عليه

وسلم المرأة عورة مستورة

ثم أبيع النظر إلى بعض

المواضع وهو ما استفتاه في

الكتاب بقوله الأوجهها

وكفيها) للحاجة والضرورة

وكان ذلك استفسانا لكونه

أرفق بالناس قال الله تعالى

ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر

منها وفسر ذلك على وابن

عباس رضى الله عنهم

بالشكل والخاتم والمراد

موضعهما وقوله (ولأن في

(ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتبة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا تنفعك اليوم أن همت بهم * كثرة ما وصى وتعقاد الرتم وقدرى أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولأنه ليس بعيب لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكير عند النسيان

فصل في الوطء والنظر واللمس قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا وجهها وكفيها) لقوله تعالى ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها قال على وابن عباس رضى الله عنهما ما ظهر منها الشكل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة حاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذاً واعطاءً وغير ذلك وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها وعن أبي حنيفة أنه يباح لأن فيه بعض الضرورة وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضاً لأنه قد يبدو منها عادة قال (فإن كان لا بأس من الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا للحاجة) لقوله عليه السلام من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينه إلا نكح يوم القيمة

المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق لكان له وجه تأمل

فصل في الوطء والنظر واللمس لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل أن ما يتعلق منها بالوطء انما هي مسألة جواز العزل عن أمته بغير إذنهما وعدم جواز ذلك في الحرمة إلا بائنها وأن تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لبيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل فلما نسب أن يؤخذ كرا الوطء في عنوان الفصل أضافه إلى فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما وقع في الكافي والانسب من ذلك أن يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التأخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم إن مسائل النظر أربعة أقسام نظر الرجل إلى المرأة ونظر المرأة إلى الرجل ونظر الرجل إلى الرجل ونظر المرأة إلى المرأة والقسم الأول منها على أربعة أقسام أيضاً ينظر الرجل إلى الأجنبية الحرية ونظره إلى من يحل له من الزوجة والأمة ونظره إلى ذوات محارمه ونظره إلى أمة الغير فبدأ في الكتاب بأول الأقسام من القسم الأول كما ترى (قوله قال على وابن عباس رضى الله عنهما ما ظهر منها الشكل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف) أقول الظاهر أن المقصود من نقل قول على وابن عباس ههنا انما هو الاستدلال على جواز أن ينظر الرجل إلى وجه الأجنبية وكفيها بقوله ما في تفسير قوله تعالى إلا ما ظهر منها فإن في تفسيره أقر الأمن الصحابة لا يدل على المدعى ههنا شئ منها سوى قولهم ما لکن دلالة قوله ما على ذلك غير واضح أيضاً الظاهر أن موضع الشكل هو العين لا الوجه كماه وكذا موضع الخاتم هو الأصبع لا الكف كله والمدعى جواز النظر إلى وجه الأجنبية كماه وإلى كفيها بالكلمة فالأولى في الاستدلال على ذلك هو المصير إلى ما جاء من الأخبار في الرخصة في النظر إلى وجهها وكفيها منها ما روى أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه

(١٣ - تكملة ثامن)

إبداء الوجه والكف ضرورة) دليل معقول وهو ظاهر والآتي الرصاص

(قال المصنف ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتبة) أقول قال العلامة الزيلعي الرتبة قد تشبه بالتميمة على بعض الناس وهى خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منسب عنه وقد كثر في حدود الإيمان أنه كفر انتهى

فصل في الوطء والنظر واللمس (قوله والأولى على أربعة أقسام نظرها إلى الأجنبية الحرية) أقول الأولى أن يقول إلى من لا يحل من الأجنبية الحرية (قوله قال الله تعالى ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها وفسر ذلك) أقول بمعنى فسر قوله تعالى ما ظهر

فإذا خاف الشهوة لم يتظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يسبح إذا شاك في الاشتباه كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفها وإن كان يأمن الشهوة) لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لأن فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفها جرة يوم القيامة وهذا إذا كانت شابة تشتهى أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بصالحها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح المجازر وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه أسنأجر عجوزا تعرضه وكانت تغمر زجلية وتغلي رأسه وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها ما قلنا

وسلم فنظر إلى وجهها ولم يرفها رغبة ومنها ما روي أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رفاق فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا أشار إلى وجهه وكفيه ومنها ما روي أن فاطمة رضي الله عنها لما ناولت أحدا بناتها بلالا أو أنسا قال رأيت كفها كأنها قلقة قرأت قطعة فدل على أنه لا بأس بالنظر إلى وجه المرأة وكفها (قوله وهذا إذا كانت شابة تشتهى أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بصالحها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة) قال بعض المتأخرين يريد أن حرمة مس الوجه والكف تختص بما إذا كانت شابة أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمسها انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح إذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية وإن كانت عجوزا وإنما المذكور هنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها إذا كانت عجوزا والاصل فيه ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح المجازر في البيعة ولا يصافح الشواب كما ذكر في المحيط وغيره وما روي عن أبي بكر وعبد الله بن الزبير كما ذكر في الكتاب نعم ظاهر الدليل العقلي وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يابى عن التعميم لكن لا مجال لاختراع مسئلة بمجرد ذلك بدون أن تذكر في الكتب نقلا عن الأئمة والمشايخ ثم إن تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة وأجاب حيث قال فإن قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفها جرة يوم القيامة قلت المراد امرأة تدعو النفس إلى مسها أما إذا تهرت العين من رؤيتها وانزوى الخطأ من لقاءها فلا انتهى كلامه واقتنى أثره صاحب النكافية أقول يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها ما قلنا فان قوله لما قلنا إشارة إلى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يتمشى الجواب المزبور هناك إذ الظاهر أن تلك المسئلة فيما إذا كانت شابة تشتهى يدل على ذلك عطفها على قوله إذا كانت عجوزا لا تشتهى ولا شك أن الشابة المشتبهة عن تدعو النفس إلى مسها فكانت داخلة تحت النص المذكور فلا محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف في علم الأصول فإن قلت تلك المسئلة مقيدة بأن يأمن على نفسه وعليها فلا تتحقق دعوتها النفس إلى مسها في تلك الصورة قلت إن لم تتحقق دعوتها النفس إلى مسها بالفعل في تلك الصورة فمن شأنها ذلك في كل حال والظاهر أن مراده بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لأن تدعو النفس إلى مسها لا التي تحققت فيها دعوتها إليه بالفعل والالزم أن لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الأجنبية الشابة إذا آمن على نفسه وعليها تأمل توقف (قوله وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها) قال بعض المتأخرين اشتراط أمنه عليها محمل تأمل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه أه أقول يمكن الوقوف عليه بالقسرات الحالية أو بالتجربة في تطايرها فجاز اشتراط أمنه عليها أيضا بناء على ذلك

وقوله (فإذا خاف الشهوة لم يتظر من غير حاجة) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك والثانية عليك يعني بالثانية أن يبصرها عن شهوة

(قال المصنف فإذا خاف الشهوة لم يتظر الخ) أقول تقيم الحديث فإن الحديث انما يدل على تحريم النظر عند تحقق الشهوة ولم يكن المدعى ذلك بل تحريمه عند عدم الأمن هنا وشأن ما بينهم ما قسم ذلك إليه ليعتم التقريب

وقوله صلى الله عليه وسلم أبصرها فإنه أخرى أن يؤدم بينكما أي يوفق قاله للغيرة بن شعبة رضي الله عنه لما أراد أن يتزوج امرأة (والخافضة للجارية كالخاتن الغلام) يعني أن الخافضة والخاتن (٩٩) يتظران إلى العورة لأجل الضرورة

لأن الختان سنة في حق الرجال مكرمة في حق النساء فلا يترك ويجوز للرجل أن يتظر إلى موضع الاحتقان لأنه مداواة يجوز للرض والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله وإذا جاز الاحتقان جاز للخاتن النظر إلى موضعه

(قال المصنف والصغيرة إذا

كانت لا تشتهي بياح مسها) أقول وحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية وفي رواية يكتفي بأن يكون أحدهما كبيرا مأمونا لأن أحدهما إذا كان لا يشتهي لا يكون المنى سببا للوقوع في الفتنة كالصغيرة ووجه الأولي أن الشاب إذا كان لا يشتهي أن يمس العجوز فالعجوز تشتهي أن تمس الشاب لأنها علمت بعدلاد الجماع فيؤدي إلى الاشتاء من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ماذا كان أحدهما صغيرا لأنه لا يؤدي إلى الاشتاء من أحد الجانبين لأن الكبير كما لا يشتهي أن يمس الصغير لا يشتهي

فإن كان لا يأمن عليها لا التحل مصاحفتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة إذا كانت لا تشتهي بياح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال (ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد أداء الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي) للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لأقضاء الشهوة تحريزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح والاصح أنه لا يباح لأنه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الأداء (ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن يتظر إليها وإن علم أنه يشتهيها) لقوله عليه السلام فيه أبصرها فإنه أخرى أن يؤدم بينكما ولأن مقصوده إقامة السنة لأقضاء الشهوة (ويجوز للطبيب أن يتظر إلى موضع المرض منها) للضرورة (وينبغي أن يعلم امرأة مسداواتها) لأن النظر الجنس إلى الجنس أسهل (فإن لم يقدر وإيستر كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم يتطرو ويغض بصره ما استطاع لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كمنظر الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان من الرجل) لأنه مداواة ويجوز للرجل وكذا للهزال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لأنه أمانة المرض

(قوله فإن كان لا يأمن عليها لا التحل مصاحفتها) قال بعض المتأخرين تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر أيضا فإن جعلنا الضمير في علم النفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى أقول الضمير في علمها للمرأة ووجه تخصيص عدم الأمن عليها بالذكور ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الأمن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الأمن علمها عبارة فإنه إذا لم تحل مصاحفتها عند عدم الأمن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلان لا تحل مصاحفتها عند عدم الأمن على نفسه أولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه (قوله ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي) للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة قال بعض المتأخرين وقد يتور ذلك باباحة النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا لأقامة الشهادة عليه ثم قال خطر بيالي ههنا أشكال وهو أن شهود الزنا كما صرحوا في الكتب بين حسنتين إقامة الحد والتحريض على الهتك والستر أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد به عنده وسترته نوبك لكان خيرا لك وليس في الحدود حقوق الناس إلا في السرقة ولهذا يجب أن يشهد بالمال فيقول أخذت من المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر فلم يكن ماذ كرم التنوير في شيء أصلا لا لعدم الحاجة وانتفاء الضرورة في الشهادة بالزنا ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود من أن هذا يعني كون الستر أفضل يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يهتك به وأما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما اقتضيه فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لأن المطلوب الشارع إخلاء الأرض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فإذا ظهر الشره في الزنا مثلا وعدم المبالاة به بإشاعته فأخلاء الأرض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب الآخر لإخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة أو مرارا متسترا مخفوقا متدما عليه فإنه محل استعجاب ستر الشاهد انتهى أقول ماذ كره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ولا يدفع الإشكال الذي خطر ببال القائل إلا في مادة جزئية وهي ما إذا وصل الحال إلى إشاعة الفاحشة والتهتك بها لأقسامها فإن الستر فيه أفضل بلا شبهة مع أن النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا لأقامة الشهادة عليه مباح هناك أيضا

الصغير أيضا أن يمس لعدم العلم كذا في شرح الزيلعي وأنت خير بأبهى مما يحالفه ظاهر في الكتاب في وجه الفرق فيما ذكر في كتاب الختن من الأصل (قال المصنف وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح) أقول لعل المراد إذا خاف الاشتاء

قال (وينظر الرجل الى الرجل الخ) هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم (قوله خلافا لما يقوله أبو عصمة) يعني سعد بن معاذ المروزي رحمه الله ان السرة أحد (١٠٠) حدى العورة فتكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي

قال (وينظر الرجل الى الرجل الخ) وينظر الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرتيه الى ركبتيه (قوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرتيه الى ركبتيه) ويروي ما دون سرتيه حتى يجاوز ركبتيه وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمه الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكجاري معتدافيه العادة لانه لا معتبر بهم مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال الركبة من العورة

فكفي بذلك اشكالا فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم أقول في دفع ذلك الاشكال بالكلمة ان الحاجة الى النظر الى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدى الحسنتين وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم يتحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التحرز عن التمثيل فن أراد أن يقال الحسبة الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذلك في اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين أى من كل وجه ولا على أن لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة أخرى أفضل منها ألا يرى أن من أراد أن يتزوج امرأه فلا بأس له بأن ينظر اليها وان علم أنه يشتهيها ابتداء على أن مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سيأتى في الكتاب مع أن الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما يتحققان في اقامة تلك السنة لا مطلقا لا مكان ترك تزوجها الداعي الى النظر اليها وان كان فوق تلك السنة ما هو أفضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدة فقد اندفع ذلك الاشكال بخلافه (قوله وينظر الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرتيه الى ركبتيه) قال صاحب العناية هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم أقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشك على من نظر الى تقسيمه في صدر هذا الفصل (قوله وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي) قال صاحب النهاية وأبو عصمة هو سعد بن معاذ المروزي فإنه يقول ان السرة أحد حدى العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على أبي عصمة في اثبات أن السرة عورة عندهما كانه وقع سهوا لوجهين أحدهما ما ذكرنا من تعليل أبي عصمة في اثبات أن السرة عورة بقوله انما أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة والثاني أن الشافعي علل في اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انما أحد حدى العورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل في الحدود وهذا تنصيص منه على أن السرة ليست بعورة اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعي على أبو عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعمل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعدد فالمد كور يكون تعليل لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء انتهى أقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية أحد ذينك الوجهين وأجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الاخر أصلا فكأنه لم ينظر بالجواب عنه فبقى الاشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه

على أبي عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول ان الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف رحمه الله لم يعمل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعدد فالمد كور يكون تعليل لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء والركبة عورة خلافا للشافعي رحمه الله استمدالا بالغاية فانها لا تدخل تحت المغيا والفخذ عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هي السورة دون ما عداها قوله تعالى فبدت لهما سوءاتهما والمراد به العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكجاري رحمه الله معتدافيه العادة (قوله لانه لا معتبر بهم) أى بالعادة (مع وجود النص) جواب عن قول محمد بن الفضل معتدافيه بقوله وما دون السرة الى منبت

الشعر عورة وقوله (وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ودليل على أن الركبة عورة وأبدي

(قوله هذا هو القسم الثاني) أقول بل الثالث (قوله قبل عطف الشافعي) أقول القائل صاحب النهاية (قوله الكجاري) أقول بفتح الكاف

وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنه سرته فقبلها أبوهريرة رضي الله عنه وقال لجرهد وارفع ذلك أما علمت أن الفخذ عورة ولأن الركبة ملحق عظم الفخذ والساق فاجتمع المحترم والمبج وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوأة حتى إن كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب بالجل

فأقول في الجواب القاطع لعرق الاشكال أن في السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي أحداها أن السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف ههنا وفي كتاب الصلاة أيضا والثانية أنهم ليستا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية والثالثة أنهم معا عورة وذكر صاحب الغاية هاتين الأخيرتين وقال لا ولي منهن ما وهما هذا أصح الوجهين واذ قد تقرره هذا فجاز أن يكون تعليل الشافعي في إثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله أنها واحدة للعورة فلا تكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله في الرواية الثانية وهذا لا ينافي اشتراكه مع أبي عصمة في قوله الآخر الواقع في الرواية الثالثة عنه بل لا ينافي أيضا اشتراكه معه في تعليله بقوله أنها أحد حدي العورة فتكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور في العطف المذكور أصلا ثم مل تقف (قوله وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنه ما سرته فقبلها أبوهريرة) هذا جواب عن قول أبي عصمة والشافعي أخرجه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن عون عن عيسى بن إسحق قال كنت أمشي مع الحسن بن علي رضي الله عنه - ما في بعض طرق المدينة فلقينا أبوهريرة فقال للحسن اكشف لي عن بطنك جعلت فدائك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العيني بعد بيان هذا الحل بهذا المنوال وفي مجمع الطبراني خلاف هذا حدثنا أبو مسلم الكشي حدثنا أبو عاصم عن ابن عون عن عيسى بن إسحق أن أبا هريرة رلق الحسن بن علي رضي الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتأخرين بعدم انقل ما ذكره العيني قلت لا يخالفه بين الروایتين لا مكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فذلك لا يضرنا بل يثبت مدعانا بالاولوية انتهى أقول كان ذلك البعض خبط في استخراج ما رواه الطبراني في مجمله حيث حسب أن معني قوله ووضع يده على سرته وضع أبوهريرة يده على سرة الحسن فبني عليه عدم المخالفة بين الروایتين بإمكان الجمع بين المس والتقبيل يعني أن وضع أبي هريرة يده على سرة الحسن مس لها وهو لا ينافي تقبيله إياها فلا مخالفة بينهما ثم بني عليه أيضا كلامه التسلبي يعني لو سلم المخالفة بينهما ما رواه الطبراني لا يضرنا بل يثبت مدعانا ههنا وهو أن لا تكون السرة من العورة بالاولوية فإن عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليه الأولى من عدم جواز تقبيلها فإذا وضع أبوهريرة يده على سرة الحسن ولم يمنعها الحسن ثبت أن السرة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له أدنى تمييز أن معني قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن بن علي يده على سرة نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال في الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المقرر في الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الآخر أو فعله أو تركه العاطف والاسلوب مسلك الاستئناف كما في قوله تعالى قالوا اسلاما قال اسلام واذ قد كان معني رواية الطبراني ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تبسّر تقبيل سرة الحسن عند وضعه يده على سرته ثم انه ان كان مقصود الحسن رضي الله عنه من وضع يده على سرته في رواية الطبراني التحرز عن ان يكشف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه يشعر فله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصود منه التحرز عن ان يكشف ما تحت السرة لا يدل فعلة المذكور على

وقوله (وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنه - ما) جواب عن قول أبي عصمة والشافعي رجهما ما الله وقوله (وقال عليه السلام لجرهد) جواب عن قول أهل الظاهر وقوله (ولأن الركبة) دليل معقول على كون الركبة عورة والباقي ظاهر

وقوله (لانهما) أي لان النظر والمس فيماليس بعورة سواء وقوله (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه) عكس هذا القسم الذي نحن فيه وقوله (ووجه الفرق) أي فرق ماذ كرفي الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظرها اليها واجبا هو أن الشهوة عليهن غالبية والغالب (١٠٣) كالتحقق غالبا ألا ترى أن وجوب العمل بمنزلة الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة

الحجة لا بحقيقة ما وان أبا حنيفة يجوز الصلاة في السقينة قاعدا لان دوار الرأس فيها غالب واذا كان كذلك فاذا نظر الرجل اليها مشتميا وجدت الشهوة في الجانبين في جانبها حقيقة لانه هو المفروض وفي جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشتمية لم توجد الشهوة من جانبها حقيقة لان الفرض انه لم ينظر ولا اعتبار لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم أقوى من التحقق من جانب واحد لا محالة قال (وتنظر المرأة من المرأة الخ) هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم ما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل جاز للمرأة أن تنظر اليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالتحقق كما في نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن متحققة قال صاحب النهاية أي في الجماع وهذا دليل على أنهم لا ينكح

(وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح للمس) لانهم ما فيماليس بعورة سواء قال (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ماليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان تنظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس أغلظ فان كان في قلبها شهوة أو كبر رأيها أنها تشتمى أو شككت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالب وهو كالتحقق اعتبارا فاذا اشتمى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتمت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبها حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم أقوى من التحقق في جانب واحد قال (وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن

كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جرم بأحد الطرفين (قوله وما يباح للرجل النظر اليه من الرجل يباح للمس لانهم ما فيماليس بعورة سواء) أقول لقائل أن يقول استواءهما فيه ممنوع كيف وقد مر أن وجهه الاجنبية وكفيها ليستا بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر اليهما اذا أمنت الشهوة ولكن لا يجوز له أن يمسهما ما وان أمن الشهوة فلم يستألف النظر والمس فيها ويمكن أن يقال المراد أنهم ما سواء فيه ما لم يرد النص على خلاف ذلك كما في الصورة المارة فان النبي صلى الله عليه وسلم قال من مس كف امرأة ليس منها سبيل وضع على كف جرة يوم القيامة فاذ كرهنا من حديث الاستواء مقتضى القياس وما مر من وجوب النص فسلاتنا في بينهما تدبر (قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمنت الشهوة) قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه أقول ليس الامر كذلك في الظاهر اذا تظاهر أن المراد بالقسم الذي نحن فيه هو الذي ذكر قبيل هذه المسئلة أعنى قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرتي الى ركبته فانه الصالح لان يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك أن هذا الذي ذكر هنا ليس بعكس ذلك وانما هذا عكس القسم الاول المذكور في صدر الفصل ويحتمل أن يكون مراده بالقسم الذي نحن فيه هو القسم الاول المذكور في صدر الفصل بناء على أن المصنف لما لم يستوف بعد أقسام ذلك القسم الاول بل أدخل في خلاها الاقسام الثلاثة الاخر من أصل التقسيم كما سنبسط به خبرا لم يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية بل كان في عهدته الا ن بيان ما بقي منه فهذا الاعتبار جاز أن يعبر عنه الشارح المزبور بالقسم الذي نحن فيه وان كان مستبعدا عن عدم له سلامة الفطرة ثم ان بعض المتأخرين طعن في تحريره هذه المسئلة حيث قال ولونكر الرجل الثاني كان أولى أقول ليس هذا بشئ اذ لا يخفى على ذي مسكة أن المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا ببيان بعض من أفرادها وان كان غير معين فالأولى أن يعرف الرجل في الموضوعين معاتريف الجنس لأن ينكر الثاني ولا الاول نأمل تفهم (قوله وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) قال صاحب العناية

عن الدخول في الجماع خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظاهر في جميع البلدان بيناء الجماعات للنساء وتمكينهن وعن من دخول الجماعات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الجماعات فوق حاجة الرجال لان المقصود بتحصيل الزينة والمرأة الى هذا

(قوله عكس هذا القسم الذي نحن فيه) أقول هذا هو القسم الثاني في ترتيبه وهو عكس القسم الاول (قوله لان الفرض أنه لم ينظر) أقول متى فرض ذلك

أخرج من الرجل ويمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك الى هذا أشار في المدسوط وقوله كنتظر الرجل الى محارمه يعني لا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي قال المصنف رحمه الله (١٠٣) (والاول اصح) لان نظرا الجنس

أخف قال (وينظر الرجل من أمته الخ) هذا هو القسم الثاني من أقسام نظرا الرجل الى المرأة والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر وقيد بقوله من أمته التي تحل له لان حكم أمته لمجوسية والتي هي أخته من الرضاع حكم أمة الغير في النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطء فتشفي بانتقائه والغير هو الجوارح والحشى وخصه بالذكر لان الله في نوع ستر من الاقتاب والنظر وقد قيل هو الاهلي أيضا وقول ابن عمر رضي الله عنهما الاولى أن ينظر يعني وقت الوقاع روى عن أبي يوسف رحمه الله في الامالي قال سألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس هي فرجه لينتحرل عليها هل ترى بذلك بأسا قال لا أرجو أن يعظم الاجر قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الخ) هذا هو القسم الثالث من ذلك نظرا الرجل الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون بطنها وظهرها وفخذها وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا بأس بذلك جعل حالها كحال الجنس في النظر وهو

وعن أبي حنيفة رحمه الله ان تنظر المرأة الى المرأة كنتظر الرجل الى محارمه بخلاف تنظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال (وينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجته الى فرجها) وهذا الاطلاق في النظر الى سائر بدنهن عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر الى الاذن الاولى أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا أتى أحدكم أهله فليستر ما استطاع ولا يتجرد ان تجرد العير ولا ذلك ثوب النسيان لورود الاثرو كان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى أن ينظر ليمكن أن يبلغ في تحصيل معنى اللذة قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها)

هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم أقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشبهه على أحد من أولى النهي ولم أدرك خفي على مثل ذلك والعجب أنه قد اتبى عليه فيما صرح كعرفته وأصر عليه ولعل حكمة زلت في هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما هو أشد قبحا منه (قوله وعن أبي حنيفة أن تنظر المرأة الى المرأة كنتظر الرجل الى محارمه) يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وهذا معنى قول صاحب الكافي حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي انتهى أقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل محل لان عدم جواز النظر المرأة الى فخذ المرأة قد تقرر في القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لا بد له ههنا منه بيان ما عتاز به القول الثاني عن القول الاول وهو أن لا تنظر الى ظهرها وبطنها أيضا وذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه في القول الاول (قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامرأتك) قال في الكافي بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث أبي هريرة وقالت عائشة رضي الله عنها كنت أعتسل أنا ورسول الله من اناء واحد وكنت أقول بقی بقی وهو يقول بقی بقی لي ولولم يكن النظر مما حلتا تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى وقصد الشارح العيصي تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رضي الله عنها فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا لانه لا يلزم أن يكون اغتسالهما معا بل يجوز أن يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن سلمنا فلا يدل ذلك على أن كلامهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرني ولم أر منه انتهى أقول ليس شيء من كلامه المنفي والتسليمي بصحح أما الاول فلان قولها رضي الله عنها وكنت أقول بقی بقی وهو يقول بقی بقی لي يدل قطعا على أن يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم من مطلب تمقية الماء من الآخر اذ المباشر اولا هو المتقدم فالتبعية وتظيفته لا وظئته الاخر فلا معنى لطلبها من الآخر أما الثاني فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزوم وقوعه البتة ولا شئ أن تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منه - ما لقطع بغير النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحسرة ثم ان مجرد جواز النظر الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تاذبا على مقتضى مكارم الاخلاق فلا تدافع بين حديثي عائشة أصلا (قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها) أقول كان الانسب أن لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقرر فيما مر عدم جواز

مخرج بحكم الظهار فانه ثابت اذا قال لامرأته أنت على كظهر رأبي فلو كان النظر اليه حلالا لما كان ظهارا لان الظهار تشبيه المحللة بالحرمة

(قوله هو القسم الثالث) أقول بل الرابع

أن ينظر الرجل من الرجل مطلقاً أي وإن كان ذارحهم محرم منه إلى ما بين سرته إلى ركبته علم عدم جواز أن ينظر الرجل من المرأة وإن كانت من ذوات محارمه إلى ما بين سرتها إلى ركبته بالاولوية لأن النظر إلى خلاف الجنس أغاظ وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذه المقام لكثيري عما بين السرة والركبة حيث قال ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ولا يمس شيئاً من ذلك انتهى وظهر منه أيضاً أن ذكر الجنب أحق من ذكر الفخذ ههنا فإن قلت المقصود من ذكر الفخذ في الكتاب بيان الواقع والتصرح بما علم التزاماً بما تقدم قلت فحينئذ كان الانسب أن يقال بدل وفخذها ما بين سرته إلى ركبته كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها وإلى ما بين السرة والركبة منها ومسه انتهى فإن فيه عموم الافادة فإن قلت المقصود بالاكفاء بذكر الفخذ هو السلوله مسلك الدلالة في افادة حرمة النظر إلى ما عدا ما بين السرة والركبة بالاولوية قلت فحينئذ كان الاحق الاكفاء بذكر الركبة فإن حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السرة كما تقر فيما مر فذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه في حرمة النظر وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوأة أيضاً دلالة بالاولوية لكونها أقوى منها في حرمة النظر ثم إن بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال وأصل التركيب ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة والنسكة فيه شمول المسئلة للحرم بسبب كاسيحي وجعل المحرم ههنا مصدراً مما يعنى في الحرمة مع عدم استعماله فيه لا بلائعه تفسيره كاسيحي وقد أمل إلى هنا كلامه أقول فيه خلل أما أولاً فلأنه لو كان أصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات فمحذف الرحم وأضيفت الذوات إلى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة محتصاً بالحرم بنسب الذوات لا يتصور في غير النسب فلا مجال لأن تكون النسكة في حذف الرحم وإضافة الذوات إلى المحارم شمول المسئلة للحرم بسبب لأن النسكة في العبارة لا تصلح أن تغير المعنى بالكلمة حتى تنقله من الخصوص إلى العموم وبالجمله بين أن يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين أن تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تناف لا يتخفى وأما ثانياً فلأن قوله وجعل المحرم ههنا مصدراً مما يعنى في الحرمة مع عدم استعماله فيه لا بلائعه تفسيره كاسيحي وليس بسديد فإن كلام من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا بلائعه تفسيره كاسيحي في حيز المنع أما الأول فلأنه قال في المغرب والمحرم الحرام والحرمة أيضاً قال في البدائع النسابة في هذا الباب سبعة أنواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالأم والبنات والعمه والخالة ونوع منهن ذوات المحرم بالارحام وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم لهن وهن الاجنبيات الحارمات ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم كبنات العم والعمه والخالات والخالات اهـ ولا يخفى على الفطن أن المحرم المذكور ثمة في مواضع متعددة انما يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والباقي منه بمعنى الحرمة لا غير كما في قوله ذوات المحرم بالارحام وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهركل ذلك بالتأمل الصادق والذوق الصحيح وقال في فتاوى قاضيخان ولا بأس بالرجل أن ينظر من أمه وابنته وأخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات وأولاد الأولاد والعمات والخالات إلى شعرها ورأسها وصدرها وبطنها وعقها وعضدها وساقها ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها ولا إلى ما بين سرته إلى أن تجاوز الركبة وكذا إلى كل ذات محرم برضاع أو دمهرية كزوجة الأب والجدوان والاولاد وزوجة الابن وأولاد الأولاد وأولاد ابنة المرأة المدخول بها فإن لم يكن دخل بها فهي كلاجنية انتهى ولا يخفى على الفطن أيضاً أن المحرم المذكور في قوله وكذا

والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا للبعولتين الآية والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج وكذا الرغبة نقل للحرمة المؤبدة فقلمنا تشبهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة

الى كل ذات محرم رضاع أو صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام أى صاحبة حرام لان الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لاضافة الذات اليه وأما الثاني فلانه انما لا يلائمه تفسيره بما سيبيء لو كان مراد المصنف بما سيبيء نفسه المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه وأما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لامن قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملازمة كما لا يخفى والظاهر أن مراد المصنف هو الثاني وبعضه تقرير صاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال وأما النظر الى ذوات محارمه فنقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعمات والحالات وبنات الاخ وبنات الاخت أو بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قواهم ذوات محارمه أنه اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده ويجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز أن يكون معناه ذوات الحرمات على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة وأما اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب أو سبب كما في مسألة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا لتعميم بل يتعين المعنى الثاني (قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا للبعولتين الآية) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه أى في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى ولا يبدن زينتهن الآية وتبعه الشارح العيني أقول فيه نظر لان الآية المذكورة انما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى مواضع الزينة ولا تدل على عدم جواز ما لم يجز وانما يدل عليه آية أخرى وهي قوله تعالى قل للؤمنين بغضوا من أبصارهم كما أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهورها وبطنها ولا ما بين السرة والركبة منها وما سواها لعموم قوله تعالى قل للؤمنين بغضوا من أبصارهم الا أنه رخص للحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا للبعولتين الآية فبقى غرض البصر عما وراءها أمورا به واذل يحل النظر فالحس أولى لانه أقوى انتهى أو آية الظاهر كما أشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يسى شيأ من ذلك والوجه فيه أن الله تعالى سمي الظاهر في كتابه منكر من القول وزورا وصورة الظاهر أن يقول الرجل لامرأة أنت كظهر أمي ولولا أن ظهرها محرم عليه نظر او مساسمى الظاهر منكر من القول وزورا واذ ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتأمل (قوله) ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج قال بعض المتأخرين وتقرير هذا الدليل واضح الآن قوله يدخل على البعض من غير استئذان بشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير أنه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استئذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره ان ذلك

وقوله (والاصل فيه) أى في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور (قوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا للبعولتين الآية) والمراد والله أعلم مواضع الزينة كالحال وأراد المحل مبالغة في النهي عن الابداء لان الابداء كان منفصلا اذا كان منه ياعنه فابداه المتصل أولى وذلك كقوله تعالى ولا تقلائد في حرمة تعرض محلها وقوله (وهي ما ذكر في الكتاب) يريد به الوجه الى آخره ويدخل في ذلك أى في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة أما الرأس فلانه موضع التاج والا كليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخصاب والساق موضع الخنخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وباقى كلامه واضح

والحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينه على التأيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الأصح لما بينا قال (ولابأس بأن يس ما جاز أن ينظر إليه منها) لتحقيق الحاجة إلى ذلك في المسافرة وقوله الشهوة للمعصية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان أبيع النظر لان الشهوة متكاملة (الاذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة) فحينئذ لا ينظر ولا يس لقوله عليه السلام العينان ترتبان وزناهما النظر واليدان ترتبان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب (ولابأس بالخلو والمسافرة بهن) لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعها زوجها أو ذورحم محرر منها

ثم استدل عليه بما نارا انتهى كلامه أقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استئذان لأنه أمر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في أمر الدخول في بيت الغير فإنه قال وأما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلو اوما ان يكون أجنبيا أو من محارمه فان كان أجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الا أن الأمر في الاستئذان على المحارم أسهل وأيسر لان المحرم مطلق النظر الى مواضع الزينة منها امر عا انتهى فقد تلخص منه أن الدخول في بيت الاجنبي من غير استئذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه وبكفي في التأدي إلى المخرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان وان كان ذلك مما لا يندح في حكم الشرع والمخرج مدفوع شرعا فلا اشكال (قوله والحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينه على التأيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه) يعني بالمعنيين الضرورة وقوله الرغبة كذا في الشروح وفي عبارة بعضهم يعني المخرج وقوله الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع اذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع بطواز الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ذكر خواهر زاده ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتضى أثره العيني في ذكره هذا السؤال والجواب بعينهما أقول ليس الجواب بنسب أم أقوله قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف كما مر في كتاب السرقه لا يدفع السؤال على قول أبي حنيفة ومحمد وعلى قول أبي يوسف أيضا في رواية أخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق عليه واذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الاكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقر في كتاب السرقه ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع وتأيد ذلك بما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فلانه ان لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود أحد ذين المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول من غير حشمة واستئذان كما تحققته ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الفاء في قول السائل فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع اذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع فالاولى في الاستدلال على كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب أن يصار الى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث

يعنى الضرورة وقوله الرغبة فيه أى فى المحرم وقوله فى الأصح متعلق بقوله أو سفاح لان اختلاف المشايخ فى المصاهرة بالزنا لافها بالنكاح فان بعض مشايخنا رحمه الله قال لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحا لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزانى لا بطريق النعمة لانه لما ظهرت خيانتة حرة لا يؤمن ثانيا والأصح أنه لابأس بذلك لما بينا أنها محرمة عليه على التأيد ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لانها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف فى موضعه (قال ولا بأس بأن يس ما جاز أن ينظر إليه منها لوجود المفتضى لا لباحة) وهو الحاجة الى ذلك فى المسافرة وانتفاء المانع وهو وفور الشهوة وقوله (الاذا كان يخاف عليها) استثناء من قوله ولا بأس وكلمة فوق فى قوله عليه الصلاة والسلام فوق ثلاثة أيام صلة لان حرمة المسافرة ثابتة فى ثلاثة أيام أيضا فكان كقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين واذا جازت المسافرة بهن جازت الخلو بهن لان فى المسافرة خلو (قوله لانه لما ظهرت خيانتة الخ) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال ولانه الخ

وقوله (فإن احتاج إلى الأركاب) أي أركاب ذوات المحارم والأصل في ذلك أن لا يجوز منى ما يجوز أن ينظر الرجل إليه لأن المس فوق النظر لكنه جاز لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها ويقول أجد من أريح

(١٠٧)

الجنسة وكان ذلك لأعن

شهوة قطعاً فيجوز المس مع

الاتقاء عن الشهوة ما أمكن

قال (وينظر الرجل من

ملوكة غيره الخ) هذا آخر

الأقسام من ذلك وكلامه

واضح وقوله عيلاها أي

ضرب علاوتها وهي رأسها

بالدرة وقوله (خلا فاما

يقوله محمد بن مقاتل رحمه

الله أنه يباح إلا إلى مادون

السرة إلى الركبة) وجهه

ما روى عن ابن عباس رضي

الله عنهما أنه قال ومن أراد

أن يشتري جارية فليستظر

إليها إلا في موضع المئزر

وتعامل أهل الحرمين

ووجه العامة ما ذكره في

الكتاب وقوله (وأما الخلوة

بها والمسافرة معها) يعني

إذا أمن بذلك على نفسه

وعليها فقد اختلف المشايخ

رحمهم الله فيه فمنهم من قال

يحل واعتبرها بالمحارم

واليه مال شمس الأئمة رحمه

الله وقيل لا يحل لعدم

الضرورة واليه مال الحاك

الشهيد رحمه الله (وفي

الأركاب والآنزال اعتبر

محمد رحمه الله الضرورة

فمن) يعني التي لا مدفع لها

(وفي المحارم مجرد الحاجة)

أي نفس الحاجة لا الضرورة

وقوله (ولابأس بأن عيس

ذلك) أي المواضع التي

وقوله عليه السلام ألا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان والمراد إذا لم يكن محرماً فإن احتاج إلى الأركاب والآنزال فلا بأس بأن عيسها من وراء ثيابها وبأخذ مظهرها وبطنها دون ما تحتها إذا أمن الشهوة فإن خافها على نفسه أو عليها أتقنا وظناً أو شكاً فليجنب ذلك بجهده ثم إن أمكنها الركوب بنفسها امتنع عن ذلك أصلاً وإن لم يمكنها تكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال (وينظر الرجل من ملوكة غيره إلى ما يجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه) لأنها تخرج لحوائج مولاه وتخدم أضيافه وهي في ثياب مهنها فصار حالها خارج البيت في حق الجانب كحال المرأة إذا دخلت في حق محارم الأقارب وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى جارية متفتحة علاها بالدرة وقال ألقى عنك الحمار بادفأراً تشبهين بالحرائر ولا يحل النظر إلى بطنها وظهرها خلافاً لما يقوله محمد بن مقاتل أنه يباح إلا إلى مادون السرة إلى الركبة لأنه لا ضرورة كافي المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكما لها في الماء ولقطة الملوكة تنتظم المسدرة والمكاتبه وأم الولد لتحقيق الحاجة والمستحاة كالمكاتبه عند أبي حنيفة على ما عرف وأما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كافي المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن وفي الأركاب والآنزال اعتبر محمد في الأصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال (ولابأس بأن عيس ذلك إذا أراد السراء وإن خاف أن يشتري) كذا ذكره في المختصر وأطلق أيضاً في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وإن اشتبه بالضرورة ولا يباح المس إذا اشتبه أو كان أكبر رايه ذلك لأنه نوع استمتاع وفي غير حالة السراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال (وإذا حاضت الأمة لم تعرض في أزار واحد) ومعناه بلغت وهذا موافق لما بيننا أن الظهر والبطن منها عورة وعن محمد أنها إذا كانت تشتبه ويجماع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في أزار واحد لو جود الاشتباه قال (والخصي في النظر إلى الأجنبية كالفعل) لقول عائشة رضي الله عنها لخصاء مثله فلا يبيع ما كان حراماً قبله ولأنه فعل يجماع

قال وأما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلارحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى أن أفلح استأذن أن يدخل على عائشة رضي الله عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام لبيع عليك فإنه عمل أَرْضَعْتُكِ امْرَأَةً أَخِيهِ أَنْتَهِى وقال في المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والمحرم بالرضاع وكذلك المحرم بالمصاهرة لأن الله تعالى سوى بينهما بقوله فجعله نسباً وصهراً (وقوله وقوله عليه السلام ألا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان والمراد إذا لم يكن محرماً) أقول إفساأل أن يقول كون المراد إذا لم يكن محرماً ليس بأجلى من أصل المسئلة لجواز أن يكون المراد إذا لم يكن زوجاً فهذا الاحتمال كيف ثبت المدعى ولئن سلم كون المراد ذلك فجواز أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث إلا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا (قوله والخصي في النظر إلى الأجنبية كالفعل لقول عائشة رضي الله عنها لخصاء مثله فلا يبيع ما كان حراماً قبله) قال الشارح العيني ههنا إيرادان على المصنف الأول أن هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها وإنما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس قال خصاء البهائم مثله ثم تلا ولا تأمرنهم فليغيرن خلق الله وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد عن شهر بن حوشب الخصاء مثله ذكره في كتاب الحج الثاني أن هذا لا يدل على مدعاكم فإن كون

يجوز النظر إليها (إذا أراد السراء وإن خاف أن يشتبه) كذا في المختصر وأطلق في الجامع لفظ الجامع الصغير فقال رجل أراد أن يشتري جارية لابأس بأن عيس ساقها وذراعيها وصدورها وينظر إلى صدرها وساقها مكشوفين والباقي واضح

وقوله (وكذا الخنثى في الردى من الأفعال) يعني من يمكن غيره من نفسه احترازاً عن الخنثى الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلق ولا يشتمى النساء استدللاً بقوله تعالى أو التابعين غير أولى الأربة من الرجال قبل هو الخنثى الذي لا يشتمى النساء وقيل هو المجهول الذي جف مأوه وقيل المراد به الأبلة الذي لا يدرى ما يصنع بالنساء اغماضه بطنه وفيه كلام فإنه إذا كان شاباً بنحى عن النساء وإنما ذلك إذا كان شيخاً كبيراً مات شهوته والأصح أن نقول قوله تعالى أو التابعين من المتشابهات وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم يحكم بآخذه به واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله فالأصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه (والطفل الصغير مستثنى بالنص) وهو قوله تعالى أو الطفل الذي لم يظهر أو على عورات النساء أى لم يطلعوا أى لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمساكين واضح

وكذا المحبوب لأنه يسحق وينزل وكذا الخنثى في الردى من الأفعال لأنه فعل فاسق والحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال (ولا يجوز للمساكين أن ينظر من سبته إلا أن ما يجوز للاجنبي النظر إليه منها) وقال مالك هو كالمحرم وهو أحد قول الشافعي لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم ولأن الحاجة متحققة لدخوله عليهم من غير استئذان ولأنه فعل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لأنه يعمل خارج البيت

الخصاء مثله لا يدل على أن نظر الخصى إلى الأجنبية كالفعل إلى ههنا كلامه أقول كل من أراد به ساقط أما الأول فلأن حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضي الله عنها عنده بطريق الإسناد وهو لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الإسناد أو بطريق الرسائل وقد روى ذلك عن عائشة رضي الله عنها في عامة كتب أصحابنا بطريق الرسائل وقد روى ذلك عن عائشة رضي الله عنها ومرسل القرن الثاني والثالث وأن يقبل عند الشافعي بدون أن ثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب إلا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الإطلاق حتى قالوا أنه فوق المسند ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل إلى عائشة رضي الله عنها إن كان من مراسيل القرن الثاني أو الثالث فلا شك في كونه مقبولا عندنا وإن كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو أيضاً مقبول على القول المختار من أصحابنا وأما الثاني فلأن قوله فلا يصح ما كان حراماً قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات في عامة المعتبرات فدلالة أثر عائشة رضي الله عنها على المدعى أظهر من أن يخفى ثم أقول ولكن بقي ههنا شيء وهو أنه قد ذكر في أصول الفقه أن قول الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه إنما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لأنه لا وجه له إلا إجماع أو الكذب والثاني منتف فنعين الأول لا فيما يدرك بالقياس لأن القول بالرأى منهم مشهور والمجتهد يخطئ ويصيب والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلووا عليه بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس على ما تقرر في علم الأصول حيث قالوا ولأنه فعل يجمع ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المسند كورنه فيلزم أن لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به (قوله وكذا المحبوب لأنه يسحق وينزل) قال بعض المتأخرين ويسحق بفتح الباء وينزل بضمها أى يفعل الانزال ولا حاجة إلى تقدير المفعول كما فعله العيني حيث قال المني بعد قوله وينزل انتهى أقول الصواب ما فعله العيني لأنه لو كان معقياً ينزل هنا يفعل الانزال كان هذا الفعل المتعدي منزلاً منزلة اللازم للقصد إلى نفس الفعل كما في نحو قولك فلان يعطى أى يفعل الإعطاء ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر في المفتاح وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح هنا إذ لا يثبت المطالب بمجرد كون المحبوب فاعل حقيقة الانزال فإن هذا يتحقق بانزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمة النظر إلى الأجنبية لاحتالة وإنما العلة لها شهوة المني فلا بد من تعيين مفعول ينزل هنا بالمنى حتى يتم المطلوب (قوله والحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه) أى يؤخذ في كل واحد منها كذا في شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء أى في الخنثى الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتمى النساء على سبيل الاستخدام انتهى أقول الحق ما قاله تاج الشريعة أما أولاً فلا لأنه يصح أن يؤخذ في كل واحد من الأصناف الثلاثة المارة أعني الخصى والمحبوب والخنثى بحكم كتاب الله تعالى بل لا ريب وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن الآية فمعنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع إمكان جملة على الثلاثة جميعاً ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما

قال المصنف والحاصل أنه يؤخذ فيه) أقول أى في الخنثى الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتمى النساء على سبيل الاستخدام (قال المصنف بحكم كتاب الله تعالى) أقول إطلاق المحكم لعلة على التشبيه (قوله أى لم يطلعوا) أقول فقوله لم يطلعوا ومن الظهور

وقوله والمراد بالنص الامام يريد بالنص قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رجهما الله به (قال سعيد)
أي سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير قال في النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيدين (والحسن وغيرهما) مبررة بن
جندب لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور مخاطبون بقوله (٩٠) تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم
فلودخلوا في قوله تعالى

والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال
(وبعزل عن أمته بغير اذنهما ولا بعزل عن زوجته الا باذنهما) لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة
الا باذنهما وقال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيل الولد ولهذا
تخير في الحب والعنة واللاحق للامه في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنهما ويستبد به المولى

ذكره أولا جامع للصورتين الثلاث معا كما ترى وأما ثانيا فلان كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال
تفصيلا سابقا يكون ماذ كفي حيزها التخصيص ذلك التفصيل وهذا انما يتصور هنا اذا كان كلام
المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلاث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما لو أراد بذا الضمير
المجرب في قوله يؤخذ فيه المختل بالمعنى ان غير المذكور فيهما مر على سبيل الاستخدام كما
زعم ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكامة الحاصل مساس بما قبلها أصلا كما لا يخفى على ذي فطنة
(قوله والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون
الذكور) قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما
روىنا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه وردده صاحب الغاية حيث قال
أراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشف وقال بعضهم في شرحه انما أطلق السعيد ليتناول
السعيدين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ ان يكون المشترك عموم في موضع
الاثبات وهو فاسد انتهى أقول نظره ساقط اذا ظاهر أن مراد هؤلاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول
السعيدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك أن المشترك يتناول
معانيه على سبيل البدل واقد صرحوا به حتى قال الحق في التقاضي في التسليم والمشارك مستغرق
لمعانيه على سبيل البدل والذي لا يجوز عندنا دون انشافي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل
الشمول في اطلاق واحد كما تقرر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح وقال الشراح
العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم أما
وروده فلانه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير
وأما أن تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولان سلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك
ما وضع لمعان انتهى أقول كذا دخله ليس بشئ أما الاول فسلانه لا شك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع
سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب أو
سعيد بن جبير على تقدير محتمه ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على أحد منهم ما والامأ كان علما
لكل واحد منهم ما بل لقد هم زيادة اظهار المراد وتعيينه وانا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا
للسعيدين كما ذهب اليه هؤلاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الاطلاق وأما الثاني فلان لفظ سعيد علم
مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر امره في علم الخوف فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان
الاشتراك ما وضع لمعان لا يجدي شيئا لانه ان أراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك
أضالار يب وان أراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك بعبرة في معنى المشترك
فان المشترك ما وضع لتعدد بوضع متعدد أي شئ كان ذلك المتعدد الموضوع له والامر في العلم المشترك

لها الكشف بين يدي أمته ولم يزل هذا الاشكال بقوله أو نسا ثم لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء والباقي واضح والله أعلم

(قوله ليتناول السعيدين) أقول فيلزم الجمع بين معني المشترك (قوله والحسن وغيرهما الخ) أقول عطف على سعيد في قال سعيد
(قوله فلودخلوا في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم لزم التعارض) أقول فيه بحث كيف ولو صح ما ذكره لزم التعارض بين قوله قل
للمؤمنين الآية وبين قوله الالبعولنن الآية تأمل فالجواب بأنه مستثنى الجواب

ولو كان تحتة أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

كذلك فإنه لا يتناول مسميته بوضع واحد بل لكل واحد منهم ما وضع مستقل كما عرف في موضعه ثم إن صاحب العناية على كون المراد بالنص الاماء بوجه آخر حيث قال ولأن الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للؤمنين يغضوا من أبصارهم فلودخلوا في قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهم لزم التعارض انتهى أقول ليس ذلك بصحيح أما أولاً فلأنه ينتمى بخص بخصاب الاناث أيضاً بقوله تعالى وقيل للؤمنات يَغْضُنَّ من أبصارهن فإن مقتضى ما ذكره أن لا تدخل الاماء أيضاً في قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهم بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقيل للؤمنات يَغْضُنَّ من أبصارهن مع أن دخول الاماء فيه مجمع عليه وأما ثانياً فلأنه لا يلزم من كون الذكور من المالكين مخاطبين بقوله تعالى قل للؤمنين يغضوا من أبصارهم دخولهم في جانب الغاضين من أبصارهم لافي جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي منع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من أبصارهم للتبعض كما صرح به المفسرون فكانت المعنى يغضوا بعضهم أبصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر اليه فلودخل الذكور من المالكين في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم لم يلزم التعارض بين الآيتين أصلاً وانما يلزم أن تكون إحدى الآيتين مبينة لما في الآية الأخرى من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال فان قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم على تقدير أن لا يدخل فيه ذكور المالكين كما هو مذهبنا وكذلك انظره من قوله تعالى لا لبعل لهن أو آباء لهن أو أبناء بعول لهن إلى آخر الآية كلها مبينة للاجبال الواقع في الآية الأخرى كما لا يخفى على من دقق النظر وحقق (قوله ولو كان تحتة أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح) يعني قوله وإذا تزوج أمة فالأذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف ومحمد أن الأذن إليها قال في البدائع وجه قولهم أن لها حقاً في قضاء الشهوة والعزل يوجب النقص فيه ولا يجوز الجنس بحق الإنسان من غير رضاه ووجه قول أبي حنيفة أن الكراهية في الحرمة لكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى دون الامسة وقولهم فيه نقصان قضاء الشهوة قلنا نعم لكن حقها في أصل قضاء الشهوة لافي وصف الكمال ألا يرى أن من الرجال من لا ماله وهو يجمع امرأه من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على أن حقها في أصل قضاء الشهوة لافي وصف الكمال انتهى وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال أقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فإنه يصنعه ولهذا يحتاج إلى رضاه في العزل لافيه انتهى أقول ليس هذا بشيء لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي أن لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك أن حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها ألا يرى أن للزوجة حق الخصومة في الحب والعنة بخلاف وان لم يكونا يصنع الزوج فتعين أن الوجه في أن لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا ماله وهو يجمعها من غير انزال كون حقها في أصل قضاء الشهوة لافي وصف الكمال فكذلك في العزل تدبر

فصل في الاستبراء وغيره

آخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق يقال استبرأ الجارية أى طلب براءة رجها من الحمل وأوطئاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة لانه صلى الله عليه وسلم الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة

فصل في الاستبراء

وغیره * (قوله لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق) أقول فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فإنه يتضمن اللبس فالنهي عن المس نهى عنه فالهذا عنونه بالوطء فتأمل ثم قوله وطء مقيد أى مقيد بزمان

فصل في الاستبراء وغيره قال الشراح آخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فإنه يتضمن اللبس فالنهي عن المس نهى عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل انتهى أقول لا السؤال بشيء ولا الجواب أما الاول فلأنهم ما قالوا لان الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال بأين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق بل مرادهم أن الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه فآخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق وكيف يتوهم أن يكون مرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وانتفاء المقيد

أما وجوبه فمحدث سببا أو طاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن جلهن ولا الحبالى حتى يستبرأ بحضه ووجه الاستدلال به أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستماع أبلغ نهى مع وجود الملك (١١١) المطلق له والبدل الممكنة منه وذلك

لا يكون إلا لوجوب وأما سببه فهو استحداث الملك والبذل أنه هو الموجود في مورد النص وأما علته فهي ارادة الوطء فانه لا يحل الا في محل فارغ فيوجب معرفة فراغه

(قال المصنف والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام في سببا أو طاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن جلهن ولا الحبالى الخ) أقول جمع الحائل وهي التي لا حبل لها وقيل انما قال الحبالى لتزواج الحبالى والقياس أن يقال الحوائل لانها جمع حائل وتظيره الغدايا والعشايا كذا في شرح الكاكي والقياس الغدوات (قوله مع وجود الملك المطلق) أقول تأمل في مدخلية هذا القيد في افادة النهى الوارد على أبلغ وجه وجوب الانتهاء فانها ليست بظاهرة الا أن يقال لو لم يوجد ذلك لكان النهى لتأكيد الوجوب المعلوم سابقا (قوله وذلك لا يكون إلا لوجوب) أقول أى لوجوب الانتهاء (قوله لانه هو الموجود في مورد النص) أقول في الحصر كلام فان السبي من جملة ما وجد في

قال (ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرأ بها) والاصل فيه قوله عليه السلام في سببا أو طاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن جلهن ولا الحبالى حتى يستبرأ بحضه أفاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسية وهو استحداث الملك والبدل لانه هو الموجود في مورد النص

لا يستلزم انتفاء المطلق كالا يخفى فأنى يتصور أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وأما تحقق القيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح أن يقال الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية وأما الثاني فلان مناه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وأيضا لا معنى لقوله فلهذا عنوانه بالوطء لان النهى عن المس إذا كان نهيا عن الوطء كان العنوان بالمس عنوانا بالوطء أيضا فكان ينبغي أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالاً كما لم يذكر فيه النهى عن الوطء استقلالاً ثم أقول الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم ما في مسألة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل أن يطأ الرجل فإذا قرب الا نزال أخرجه فيستزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطء المقيد ههنا ما قيد بزمان فان الوطء في الاستبراء مقيد بالزمان كما استعرفه وفي العزل مطلق عنه وأن المراد بالوطء المذكور في عنوان الفصل السابق أيضا ما في ضمن تلك المسئلة كما ثبت عليه في صدر ذلك الفصل (قوله ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرأ بها) أقول في اطلاق هذه المسئلة نظرفان من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها وزوجها بعد أن اشترأها وقبضها أو كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد أن اشترأها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكرنا في حيلة الاستبراء مع أن كلامنا من هاتيك الصور ادخل في اطلاق هذه المسئلة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور (قوله لانه هو الموجود في مورد النص) قال بعض الفضلاء في الحصر كلام فان السبي من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسبيبة فان الظاهر أن الملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرأ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء الملك حينئذ انتهى أقول كلامه ساقط اذ لا شك أن مراد المصنف حصر ما يصلح للسبيبة في مورد النص في استحداث الملك والبدل فالحق لانه أي استحداث الملك والبدل هو الموجود الصالح للسبيبة في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسبيبة ممنوع فان ما ذكره من الحكمة فيه والعدالة الحقيقية انما تقتضي أن يكون السبب فيه هو استحداث الملك والبدل من غير مدخل فيه السبي كالا يخفى على من تأمل في تقرير المصنف في بيان الحكمة فيه وبيان علته الحقيقية وما يكون دليلا عليها على أن تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبي في السبيبة بأوضح وجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسيبة لان كونها مسيبة اضافة والاضافات لا مدخل لها في العدالة لانه لو اعتبر ذلك انسداد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها ملوكة رقبة وبداهة هو المؤثر كما ذكر في الكتاب انتهى ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر أن الملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرأ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء الملك حينئذ ممنوع أيضا فان علة الاستبراء هي ارادة الوطء المشتري هو الذي يريد دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سيأتي في الكتاب فمن أين كان استبراء الملك قبل مباشرة السبب ظاهرا ولئن سلم كونه ظاهرا

مورد النص وهو يصلح للسبيبة فان الظاهر أن الملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرأ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء الملك حينئذ نعم يلحق به الارث والوصية فتأمل

وهذا الان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للماء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بما محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لأعلى البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريد بدون البائع فيجب عليه

وأما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للماء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه بما محترم بأن لا يكون من بغى وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها جلالا للحال على الصلاح أما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لتأخرها عنه

(قال المصنف وهو أن يكون الولد الخ) أقول أى الاستبراء لان يكون الولد الخ وحذف الجار مع أن وأن قياس (قال المصنف لان العلة الحقيقية ارادة الوطء) أقول لعل المراد هو التمكن الشرعى (قوله وانما قيد بذلك الى قوله على الصلاح) أقول قوله جلا تعليل لقوله وانما قيد وقوله فان الجارية تعليل لقوله كذلك (قوله ولتاخرها عنه) أقول ولبطء منها

بالنظر الى ما هو الاثنى بحال المسلم من صيانة مائه فذلك لا ينافى وجوب الاستبراء على المملوك بناء على توهم شغل الرحم بما محترم فان مجرد توهمه كاف في وجوبه كما سيظهر من البيان الآتى في الكتاب (قوله وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للماء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه) أورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليه أنهم ينكرون انغلاق الولد الواحد من مائة من عدم امكان الاختلاط بينهم ما على ما مر في باب التدبير والاستيلاء فكيف بنوا ههنا حكمة الاستبراء على جواز انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قولهم صيانة للماء المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو أن لا يتبين أن الولد من أى ماء انعلق يرشد اليه قول المصنف والانساب عن الاشتباه وبفصح عنه قول صاحب الكتاب الكافى في تعليل الاختلاط اذ لو وطئ ما قبل أن يتعرف براءة رجها فجات فولد فلا يدري أنه منه أو من غيره انتهى والذي ينكرونه انما هو اختلاط الماءين اختلاطاً حقيقياً فلا تدافع بين الكلامين في المقامين (قوله وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بما محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب) لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان فى مرجع ضمير هو فى قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه وعن هذا قد افرقت آراء الناظرين فيه فقال صاحب الغاية قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أى المراد من توهم الشغل بما محترم وهو أن يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبته من غيره انتهى أقول فيه خلل فان تفسيره المذكور يشعر بارجاعه ضمير هو الى توهم الشغل بما محترم وليس بسد لان الامر فى حقيقة الشغل بما محترم أيضاً كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل على أنه لم يذكريما يصح حمل قوله أن يكون الولد ثابت النسب بالمواطاة على ضمير هو اراجع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك اذ لا شك أن توهم الشغل بما محترم ليس نفس أن يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطاة تأمل وقال بعض الفضلاء قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أى الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أن وان قياس انتهى أقول فيه أيضاً خلل فان الاستبراء مع كونه بعيداً من حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجعاً للضمير هو ههنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لارادة الوطء نظراً الى علته ولتعرف براءة الرحم نظراً الى حكمته كما يدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولولم يدع المشتري نسب الولد الذى جاء به المشتراة بعد أن استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الامة ضعيفاً على ما عرف في محله فسامعنى القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فتأمل وأقول فى حل المقام ان ضمير هو ههنا راجع الى ماء محترم مسد كور قبيله فالمعنى وهو أى الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس على ما عرف في علم النحو وكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بأن تكون الامة من قبيل فى ملك الغير نكاحاً أو عينا فتدبر قال تاج الدر بعة وانما قيد بما محترم وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملاً من الزنا لا يحل وطؤها لانه آخرج الكلام مخرج أوضاع الشرع لان وضع الشرع أن لا يكون الا فى الحلال انتهى كلامه واقتضى أثره صاحب العناية فى خلاصة هذا التوجيه حيث قال فى بيان ماء محترم بأن لا يكون من بغى وقال وانما قيد بذلك وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها جلالاً للحال على الصلاح انتهى وسلك بعض المتأخرين فى توجيهه التقييد بما محترم مسلكاً آخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من بغى

وأما العلة فهنا فكذلك
 لان الارادة أمر مبطن
 لا يطلع عليه لان بعض من
 يستحدث الملك قد لا يريد
 ذلك فيدار الحكم على دليل
 الارادة وهو التمكن من
 الوطء فان صحيح المراجع
 تمكن منه أرادته والتمكن
 انما يثبت بالملك واليعد
 فانتصب سببا وأدير الحكم
 عليه وجودا وعدمه ما يتسيرا
 هذا في المسببة ثم تعدى الحكم
 الى سائر أسباب الملك كالشراء
 والهبة والوصية والميراث
 والخلع بأن جعلت الامة
 بدل الخلع والكتابة بأن
 جعلت الامة بدلا فيها فان
 قيل الموجب ورد في المسببة
 على خلاف القياس لتحقيق
 المطلق كما ذكرتم فهلا
 يقتصر عليها فالجواب أن
 غيرها في معناها حكمة وعلة
 وسببا فالحق بهادلالة -

(قال المصنف وأدير الحكم
 عليه) أقول وجودا وعدمه
 كما يحق في هذه الحقيقة
 (قوله فان صحيح المراجع اذا
 تمكن منه الخ) أقول فيه
 بحث فان غير صحيح المراجع
 ممنوع أيضا عن الوطء
 ودواعيه ولعل الاولى أن
 يقول فان الظاهر أن
 التمكن منه يريده والتمكن
 انما يثبت الخ والمراد من
 التمكن هو التمكن الشرعي

غير أن الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليعد
 فانتصب سببا وأدير الحكم عليه يتسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم
 الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك

لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المرتبة ووطأها جائز بلا استبراء فاذا جاز ووطأها بلا استبراء مع
 تحقق الزنا جواز مع احتماله أولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل ووطؤها
 لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئ ذلك عدم حله لشغل محتمل على أن عدم جواز وطئها
 ليس لاحترام الماء بل لثلا يسي ماؤ زرع غيره كما مر في كتاب النكاح الى هنا كلامه أقول فيه خل
 من وجوه الاول ان قوله لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المرتبة ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل
 صحيح للبدعي ههنا لان جواز نكاح المرتبة وجواز وطئ الزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطء الجارية
 المرتبة للتملك بلا استبراء وكيف والذي سبق في كتاب النكاح هو أنه اذا رأى امرأة تزني فزوجها
 حل له أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرأ
 لانه احتمال الشغل بعناء الغير فوجب التنزه كما في الشراء وله ما أن الحكم بجواز النكاح أمانة الفراغ بلا
 يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه أنه لا خلاف في وجوب الاستبراء
 في الشراء مطلقا وانما الخلاف في الاستبراء في نكاح المرتبة والكلام ههنا في الشراء ونحوه من التملكات
 فلا يتم التقريب أصلا والثاني ان قوله فاذا جاز ووطأها بلا استبراء مع تحقق الزنا جواز مع احتماله
 أولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزا للوطء بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء
 في باب تلك الجارية بالكلية اذا احتمال الزنا غير منتف في كل جارية محسوسة وان كان مراده أنه اذا جاز
 ووطأها بلا استبراء في صورة النكاح مع تحقق الزنا جواز مع احتماله أولى في تلك الصورة لا يتم التقريب
 كما لا يخفى والثالث ان قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك لشغل محقق ولا يلزم من
 عدم حل وطئ ذلك عدم حله لشغل محتمل انما يثبت أن لو كان الاحترام في قول المصنف بعناء محترم قيد
 لتوهم الشغل فقط لا ليجوع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معا والظاهر من كلام المصنف أن يكون قيدا
 للجموع وقد أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال في شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد
 ثابت النسب وهو أي احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة أو توهم أن يكون الولد الحاصل منه
 ثابت النسب انتهى فاذا كان قيد الجموع برد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رجها مشغول
 حقيقة بعناء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها أيضا والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطئها ليس
 لاحترام الماء بل لثلا يسي ماؤ زرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لا حاصل ههنا فان مدار النقض
 المذكور على عدم احترام الماء في الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء في الجارية الحامل من الزنا أيضا
 مع عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بعناء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطئها ليس
 لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى (قوله غير أن الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على
 دليلها وهو التمكن من الوطء) قال صاحب العناية في بيان هذا فان صحيح المراجع اذا تمكن منه أرادته ورد
 عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المراجع ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه وقال
 ولعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن هو
 التمكن الشرعي انتهى أقول كل من إرادته وما اختاره ليس بتمام أما الاول فلان كون غير صحيح المراجع
 ممنوعا أيضا عن الوطء ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المراجع عاجز عن الوطء والممنوع عن الشيء انما يكون عند
 القدرة عليه ألا يرى أنه لا معنى لان يقال الاعي ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة
 في بيان ان الاستبراء يجب على المشتري لا على البائع لان الشارع غنى عن الوطء والنهي انما يستقيم

واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي من المرأة والمملوك وعن لا يحل له وطؤها وكذا اذا
 البراءة ومن المرأة والمملوك المسأون له في التجارة وعن لا يحل له وطؤها لكونها أخته رضاعاً وورثتها وهي موطوءة أبيه وكذا اذا
 كانت بكر التحقق السبب وهو استحداث (١١٤) الملك واليد ولا يجتزأ بالحیضة التي اشتراها في أنثائها

وقال أبو يوسف رحمه الله
 يجتزأ بها للحصول المقصود
 وهو تعرف البراءة ولا بالتى
 حصلت بعد الاستحداث
 بسبب من الأسباب قبل
 القبض ولا بالولادة الحاصلة
 بعدها أى بعد أسباب
 الملك قبل القبض لتحقق
 ذلك قبل تمام السبب لان
 السبب استحداث الملك
 واليد وهي انما تكون
 بالقبض ولا تعتبر بالحكم
 قبل السبب وما بعده
 واضح وقوله (لما قلنا)
 اشارة الى قوله لان السبب
 استحداث الملك واليد
 والحكم لا يسبق السبب
 (ولا يجب الاستبراء على
 الابنة) يعنى التي أبقت
 في دار الاسلام ثم رجعت
 الى مولاها فان أبقت الى
 دار الحسب ثم عادت اليه
 بوجه من الوجوه فكذلك
 عند أبي حنيفة رحمه الله
 لانهم لم يملكوها فلم يحدث
 الملك وعندهما يجب عليه
 الاستبراء لانهم ملكوها
 وقوله (حرم الدواعى
 لافضائها اليه) أى الى
 الوطء كما اذا ظاهر من
 امرأته فانه حرم وطئها وحرم
 دواعيه لافضائها اليه

(قوله وقال أبو يوسف

وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وعن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت
 المشتراة بكر الموطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فافيه تبحر تحقيق السبب
 عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحیضة التي اشتراها في أنثائها ولا بالحیضة التي حاضتها بعد الشراء وغيره
 من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافاً لابي يوسف رحمه الله لان
 السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع
 الفضولى وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحاً
 لما قلنا (ويجب في جارية للمشتري قيمها شقص فاشترى الباقي) لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف
 الى تمام العلة ويجتزأ بالحیضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية أو مكتوبة بأن كانت بعد الشراء ثم
 أسلمت المجوسية أو عجزت المكتوبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذا هو مقتضى الحل
 والحرمه لما منع كافي حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الابنة أو ردت المغصوبة أو المأجورة)
 أو فسكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادبر الحكم عليه وجوداً
 وعدماً ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمه الوطء حرم الدواعى
 لافضائها اليه أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الجبل ودعوة البائع بخلاف الخائض
 حيث لا تحرم الدواعى فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعى
 لا يفيض الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أو صدق الرغبات فتقتضى اليه

عند تمكن الوطء والتمكن للمشتري لانه هو المملك لا على البائع لانه معرض انتهى وأما الثاني فلانه
 كيف يكون المراد من التمكن ههنا هو التمكن الشرعى والظاهر أن التمكن الشرعى عما هو محرم شرعاً
 غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعاً ولا شك أن علة الاستبراء مقدمة عليه فلا بد أن يكون
 دليلها أيضاً متقدماً عليه والمفروض أنه هو التمكن من الوطء فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن
 الشرعى دون التمكن الطبيعي لزم أن يتمكن من المحرم الشرعى تمكناً شرعياً وهو ظاهر المحذور تأمل
 (قوله وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وعن لا يحل له وطؤها وكذا اذا
 كانت المشتراة بكر الموطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لخفاها) وعن
 هذا قالوا ان الحكمة تراه في الجنس لافي كل فرد واعررض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية
 وأجاب حيث قال رد عليه أن الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة فاذا كانت
 الامنة بكراً أو مشتراة عن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي أن لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء
 المحترم متيقن في هذه الانواع والجواب أنه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبأيا أو طاس ألا توطأ
 الحبالى حتى يضعن جلهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحیضة فان السبب بالانحلال من أن يكون فيها
 بكر أو مسبية من امراء ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكماً عاماً فلا يخص بالحكمة
 فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياساً فان العلة معلومة ثم تأد ذلك
 بالاجماع الى هنا كلامه وأجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر
 فقال ان توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشربة عن لا يثبت نسب ولدها منه أما في الاولى فلان احتمال
 وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة وأما في الثانية فلما ذكر في الكافي من أن المعتبر التوهم

ولم
 يجتزأ بها) أقول الاولى تأخير عن قوله ولا بالولادة (قوله اشارة الى قوله لان السبب استحداث
 الملك الخ) أقول فان قيل المشتري شراء فاسداً يملك بالقبض على ماهر فالسبب موجود فيه قلنا المطلق ينصرف الى الكامل فالمراد
 استحداث الملك الصحيح

ولم يذكر الدواعي في المسببة وعن محمد أنها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي

سواء كان من المالك أو من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عام بل على الحكمة بان الاتصال بحكمة لعدم اطرادها بحسب الأنواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لان معنى الجواب المذكور على أن وجوب رعاية الحكمة في الأنواع ليعلم الحكم تلك الأنواع لالتكون الحكمة حكمة فيما صله أن الحكم عام لتلك الأنواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها اه أقول ليس هذا بشيء فان شرع الصانع الحكيم لا يخلو عن الحكمة والفائدة فنهما لا يتيسر ووقوف الشرع عليه ومنها ما يتيسر ذلك ولما كان ما نحن فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا انها تعرف براءة الرحم صيانة للياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بما محترم وهذا لا ينافي ثبوت عدم الحكم بدليل من الأدلة الشرعية فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت الحكمة فيه فقوله فخاص له أن الحكم عام لتلك الأنواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب جدا فان ما له الاعتراف بعدم صلاحية ما عده أساطين الفقهاء حكمة في هذه المسئلة لأن يكون حكمة فيها هو هذا مما لا يتجاسر عليه المتشرع ثم أقول بقي شيء آخر في جواب صدر الشريعة وهو أن قوله فإذا ثبت الحكم في السببي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياسا ليس بتمام فان النص ورد في المسببة على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستماع بها وهو الملك كما صرح به في العناية وغيره او بشرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن سنن القياس كما عرف في علم الاصول فإني تيسر اثبات الحكم في سائر أسباب الملك بطريق القياس فالوجه أن يقال دلالة بدل قوله قياسا فان الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر (قوله ولم يذكر الدواعي في المسببة وعن محمد أنها لا تحرم) قال في العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسببة الى الفرع وهو غير هاتين حيث حرمت الدواعي في غير المسببة دونها وأجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما ان التعدى ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسببة أمران الافضاء والوقوع في غير الملك فان لم تحرم بالثاني فلتحرم بالاول اذا الحرمة تؤخذ بالا احتياط ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للحق به لعدمه والدليل هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء رحمهم الله فلما كان علما في المسببة أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرهما أمران تعاضدا اعتبرت الى هنا لفظ العناية أقول في قوله فلما كان علما في المسببة أمرا واحدا لم تعتبر نظرا فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة فوجدتها لتنافي اعتبارها ولا تضرب بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل نرى كثيرا من الخلافات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالا احتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى والظاهر أن الافضاء الى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا في تعاميل حرمة الدواعي قبيل الاستبراء في غير المسببة لافضاءها الى الوطء الحرام أولا واحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك أن كلمة أو تدل على استقلال كل واحد من العلتين واكتفوا في تعاميل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الاولى كما في الظاهر

أنها لا تحرم واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسببة الى الفرع وهو غير هاتين حيث حرمت الدواعي في غير المسببة دونها وأجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما أن التعدى ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسببة أمران الافضاء والوقوع في غير الملك فان لم تحرم بالثاني فلتحرم بالاول اذا الحرمة تؤخذ بالا احتياط ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للحق به لعدمه والدليل هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء رحمهم الله فلما كان علما في المسببة أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرهما أمران تعاضدا اعتبرت

(قوله ولا يبعد أن يكون الاحق دلالة حكم الدليل) أقول لا يجوز مثل ذلك في القياس فانه يكون

بدليل آخر وليس بتغيير يستلزم فقد ان شرط القياس فليتامل

وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله والرغبة في المشتراة وأصدق الرغبات وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن وقوله (وان ارتفع حيضها) (١١٦) أى امتد طهرها فى أو ان الحيض لا يبطؤها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل جامعها

بخلاف المشتراة على ما بينا (والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفى ذوات الأشهر بالشهر) لأنه أقيم فى حقهن مقام الحيض كما فى المعتدة واذا حاضت فى أثنتائه بطل الاستبراء بالأيام للمعدة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما فى المعتدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير فى ظاهر الرواية وقيل يقيىن بشهرين أو ثلاثة وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة والامسة فى الوفاة وعن زفر سنان وهو رواية عن أبى حنيفة قال (ولا بأس بالاحتمال لاسقاط الاستبراء عند أبى يوسف خلافا لمحمد) وقد ذكرنا الوجهين فى الشفعة والمأخوذ قول أبى يوسف فيما اذا علم أن البائع لم يقر فى طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة أن يتزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض عن يوثقه ثم يشتريها أو يقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج لأن عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض

والاعتكاف والاحرام وفى المنكوحه اذا وطئت بشبهة كما سيجى فى الكتاب هذا وقد أورد بعض المتأخرين على قول صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون الاحق دالة حكم الدليل لم يكن للتحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك ولا يخفى أن كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى أقول ليس هذا بمستقيم أما أولا فلان المنع ونظفة المحجب فان حاصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المخذور المذكور فى النظر وهو تعدية الحكم من الأصل الى الفرع بتغيير كما عرف فى علم الأصول والاستناد بأنهم يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير فى هذا الطريق فبقا له منع منع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة وأما ثانيا فلان منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا ان قد تقرر فى أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل مع عدمه ولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر أن حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس لتحقيق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما يتيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد أشار اليه ههنا بقوله كما تقدم فلا وجه للنوع المذكور بعد ذلك ثم ان ذلك البعض فى هذه المقام كلمات أخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصنعنا عن التعرض لها وما للاختصار (قوله بخلاف المشتراة على ما بينا) قال صاحب العناية وقوله على ما بينا إشارة إلى قوله والرغبة فى المشتراة وأصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني أقول هذا خطب ظاهر اذا لفرق بين المسبية والمشتراة فى كون الرغبة فى كل واحدة منهما أصدق الرغبات فكيف يصح أن يشير المصنف فى بيان الخلاف بينهما الى ما لفرق بينهما فيه أصلا وانما الصواب أن قوله على ما بينا إشارة الى قوله أو لاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحمل ودعوة البائع اذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعاً قوله لأنها لا تختمل وقوعها فى ملك الغير لأنه لو ظهر بها حمل لا تصح دعوة الحربي أه (قوله والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل لما روينا) قال صاحب العناية وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن انتهى أقول قد سها الشارح المذكور فى لفظ الحديث الذى رواه المصنف فيما مر حيث قال ولا الحبالى حتى يضعن حملهن مع أن لفظه ألا لاوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأ ولعمري ان هذا كان أظهر من أن يخفى فكان السهو وقع من طغيان القلم فالتة خير حافظا (قوله والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها) قال

لأن المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بغير مدة تدل على أن الحمل لو كان أظهر وليس فيها تقدير فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله إلا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة على ما ذكر فى الكتاب الخ قيل والاول أصح وهو أن يتركها شهرين أو ثلاثة أظهور الجبل فى ذلك غالبا وقوله (ثم يشتريها أو يقبضها أو يقبضها) أى ونشر يعنى يشتريها أو يقبضها اذا زوجها البائع أو يقبضها اذا زوجها المشتري قبل القبض وقيد بقوله عن يوثقه لأنه اذا لم يوثقه ربما لا يطلقها فكان احتمالا عليه لاله والحيلة فى تمشية هذه الحيلة أن يتزوجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعنى بعد القبض لأنه ان طلقها قبله كان على المشتري الاستبراء اذا قبضها فى أصح الروايتين عن محمد رحمه الله لأنه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها فى هذه الحالة وليست فى نكاح ولا عدة فلزمه الاستبراء

اذا (قوله وقوله على ما بينا إشارة إلى قوله والرغبة الخ) أقول بل إشارة إلى قوله ولا احتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحمل ودعوة البائع فان بذلك يظهر الفرق بين المسبية والمشتراة ولا وجه لجعله إشارة الى ما ذكره كما لا يخفى

إذا لم يكن فرجها حلالاً لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك لأن المعتبر أن وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير قال (ولا يقرب المظاهر ولا يمس ولا يقبل ولا يتطرق إلى فرجها بشهوة حتى يكفر) لأنه لما حرم الوطء إلى أن يكفر حرم الدواعي للأفضاء إليه لأن الأصل أن سبب الحرام حرام كافي الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحه إذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

بعض المتأخرين أطلق المسئلة ولم يقيد بها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيان في فتاواه في تصوير المسئلة إذا أراد أن يشتري الجارية يتزوجها المشتري قبل الشراء إذا لم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها إليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فإن القبض السابق بحكم الزوج وإن عرض له كونه قبضاً بحكم الشراء إلى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه خلل أما أولاً فلا نهى عن وجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيان في فتاواه وليس بتمام فان ما ذكره الامام قاضيان انما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه وأما عامة المشايخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني وإن لم تكن تحت المشتري حرة فلا سقط الاستبراء حيلة أخرى وهي أن يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لأن النكاح ثبت له عليها الفرائش وانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفرائش له عليها دليل شرعي على فراغ رجها من ماء الغير انتهى والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك أطلق المسئلة ولم يقيد بها بكون القبض قبل الشراء وأما ثانياً فلا نية في قوله يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً ليس بسديد لأن حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً لا يوجب الاستبراء بل يقتضي سقوط الاستبراء ألا يرى إلى قول المصنف فيما بعد أن عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالاً لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك وكان الصواب أن يقول وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد أن لم يكن فرجها حلالاً بفساد النكاح بملك اليمين تأمل توقف ثم قال ذلك البعض ثم إن صاحب الكافي سلك طريقة المصنف ولم يلتفت إلى هذا الشرط إلا أنه صور المسئلة بصورة تأخير التسليم تنصيصاً على عدم الاشتراط به وعلى المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في صورتين معاً فقال والحيلة أن لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها في قبضها فلا يلزم الاستبراء لأن بالنكاح ثبت له عليها الفرائش وانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفرائش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رجها من ماء الغير ثم الحل لم يجد بملك اليمين الرقبة لأنها كانت حلالاً بالنكاح قبل ذلك انتهى فإن قلت لا نسلم عدم تجديد الحل بملك اليمين فإنها وإن كانت حلالاً بالنكاح إلا أنه زال ذلك بزواله بالشراء فزمان الشراء خال عن الحل أماعن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله وأماعن الحل الحاصل بملك اليمين فلا نهى يستعقبه الشراء فإن المشتري ما لم يفرغ عن التلقظ بلفظ اشتريت بعد إيجاب البائع ليحصل له الحل قلت هذه مغالطة لأن وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلقظ بالحرف الأخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا أن نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل إلا أنه حدث حل هو أثر ملك اليمين وذلك كاف في وجوب الاستبراء لا نأمنع ذلك بل الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد أن لم تكن حلالاً بسبب من الأسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه بعد محمل نظر إذ لقائل أن يقول الشراء

وقوله (إذا لم يكن فرجها حلالاً لا يجب الاستبراء) لأن القبض آنذاك ليس بممكن من الوطء والممكن منه جزء العلة ألا ترى أن تزويج المشتري وإن كان قبضاً حاكماً لم يعتبر لكونه من يلا للممكن وقوله (كما إذا كانت معتدة الغير) يعني إذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالاً للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجديد السبب قال (ولا يقرب المظاهر ولا يمس الخ) هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنهما مذكورة في الجامع الصغير استطراداً فإن الكلام لما انشاق في الاستبراء إلى حرمه الدواعي وفي هذه المسئلة حرمه الدواعي ذكرها ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره

(قوله ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء الخ) أقول لكنهما من مسائل باب الظهار

لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهران فرضاوا كثر العمر نفلا في المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عدناها القصور مددها وقد صرح أن النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويصاوم نساءه وهن حيض قال (ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها)

وقوله (لان الحيض يمتد شطر عمرها) قال في النهاية أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي رحمه الله علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما وقوله (ومن له أمتان أختان فقبلهما) هذه على ثلاثة أوجه اما ان قبلهما أول يقبلهما أو قبل احدهما فان لم يقبلهما أصلا كان له أن يقبل ويوطأ أيهما شاء سواء كان اشتراهما معا أو على التعاقب وان كان قبل احدهما كان له أن يوطأ المقبلة دون الاخرى وأما اذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا بالحكم ما ذكره في الكتاب

سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشيء يتعقبه فرمان وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم أولا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاطه أصلا فتأمل فان هذا من المطارح الى هنا لفظ ذلك البعض أقول ما أورده في حاشيته كلامه ليس بشئ فانه ان أراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه أنه يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جسد او ان أراد به أنه يتعقبه ذاتا أي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لزوم تأخر حكم الشيء عن الشيء زمانا ممنوع ولزوم تأخره عنه ذاتا مسلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعا عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان ما عن الحل مطلقا فمن نحن فيه حتى يجب الاستبراء (قوله لان الحيض يمتد شطر عمرها) قال صاحب النهاية أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية أي قريبا شطر عمرها وهو الثلث أو المراد البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لانه يشير الى أن الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى أقول نظره سافط جدا فان الحديث الذي استدله الشافعي علينا هو قوله عليه السلام في نقصان دين المرأة تعدا حدها من شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي ووجه استدلاله أن المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان أكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشراح هناك حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقة لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض في شئ من ذلك فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر واذا قدرنا العشرة بهذه الآثار كان مقار بالشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك انه اذا كان الشطر هو النصف كما أشار اليه صاحب النهاية هنا ونص عليه الجوهري في صحاحه والمطرزي في المغرب لا يتقوى استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور بل لا يتشبه استدلاله به علينا أصلا حيث لم يكن مجال ليكون الشطر هناك على حقيقته لعدم مساعدة عمر المرأة كما بينوا بل لا بد وأن يحمل على المجاز بان يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكرنا قاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية هنا أيضا فكان صاحب العناية نسي ما قدمت يدها ثم ان بعض المتأخرين قال في هذا المقام وشطر الشيء نصفه وبعضه والمراد به هنا هو الثاني دون الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا أوله بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة أيام وهو قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر فكانه زعم أن الشطر لا يجي إلا بمعنى النصف انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد لان مجي الشطر بمعنى البعض أخذ كرهه صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف الشيء وجزؤه ومنه حديث الاسراء فوضع شطرها أي بعضها انتهى ولكن ذلك ليس بقطعي في أن يكون الشطر حقيقة في معنى البعض أيضا فان أكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم انه حقيقة في معنى البعض أيضا فليس معنى البعض بمناسب للمقام لان مجرد تحقق الحيض في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدوام أيضا حالة الحيض وانما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها أو في قريبا من نصف عمرها اطول مدة الحيض اذ ذلك وهو المقتضي الى الحرج فلذلك جعل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة

وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين
الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ماملكت أيمانكم لأن الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع
بينهما في الدوامي لاطلاق النص ولأن الدوامي إلى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدنا من قبل فإذا
قبلهما فكانت وطئ ما ولو وطئ ما فليس له أن يجمع أحدهما ولا أن يأتي بالدوامي فيه ما فكذا إذا قبلهما
وكذا إذا مسهما بشهوة أو نظر إلى فرجهما بشهوة ولما بينا الآن أنك فرج الأخرى غيره ملك أو نسكاح
أو يعتقها لأنه لما حرم عليه فرجهما لم يبق جامعاً وقوله ملك أراد به ملك عين فينتظم التملك بسائر أسبابه
بيعاً أو غيره وتلك الشقة فيه كتمليك الكل لأن الوطء يحرم به وكذا اعتناق البعض من أحدهما
كاعتناق كلها

المصنف ههنا على النصف وأوله بالقرب من النصف ليوافق مذهبتنا في أكثر مدة الحيض (قوله
وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين
ولا يعارض بقوله تعالى أو ماملكت أيمانكم لأن الترجيح للمحرم) قال تاج الشريعة فإن قلت الأصل
في الدلائل الجمع وأمكن هنا أن يحصل قوله وأن تجمعوا على النسكاح وقوله أو ماملكت أيمانكم على
ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نسكاحاً وحدهما وهو قطعية الرحم فثبت الحكم
هنا أيضاً ولأن قوله أو ماملكت أيمانكم مخصوص اجتماعاً فإن أمه وأخته من الرضاع والامة المحبوسة
حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه واقتنى أثره صاحب الكفاية
والشارح العيني أقول في كل من وجهي الجواب نظر أماً في الوجه الأول فلان حاصله أنه على تقدير
أن يحصل قوله وأن تجمعوا على النسكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطأ بملك اليمين أيضاً دلالة
لوجود المعنى المحرم فيه أيضاً وهو قطعية الرحم لكنه ليس بتام إذ قد تقر في أصول الفقه أن عبارة
النص وإشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر أن إفادة عموم قوله تعالى أو ماملكت
أيمانكم محل الجمع بين الاختين المملوكتين وطأ بالعبارة ولا أقل من أن يكون بالإشارة فيسلم أن يترك
بهما دلالة الآية الأخرى على حرمة الجمع بينهما وطأ على مقتضى قاعدة الأصول وأما في الوجه الثاني
فلان حاصله أن قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصار ظنياً
لتمكن الشبهة كما عرف في علم الأصول فلا يصلح أن يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع
لكونه قطعياً لكنه ليس بتام أيضاً إذ قد تقر في أصول الفقه أن العام الذي خص منه البعض انما يكون
ظنياً إذا كان المخصص موصولاً وأما إذا كان مفصولاً متأخراً فالخاص انذاك يكون تاماً للعام في
القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعياً بالشبهة والظاهر أن مخصص الأم والاخت من
الرضاع والامة المحبوسة من قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنياً في الباقي
بل كان قطعياً كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح المعارضة فتأمل (قوله وقوله
ملك أراد به ملك عين فينتظم التملك بسائر أسبابه غيره) قال صاحب العناية قوله فينتظم التملك
بسائر أسبابه أي أسباب التملك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى
أقول في بعض غشلاته خطأ وهو الوصية والميراث والكتابة وأما في الوصية والميراث فلان تملك الغير في
الوصية والميراث انما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف يدخل ذلك تحت قوله ملك في قوله فإنه
لا يجمع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره
ملكاً أو نسكاحاً فإن شياً من الجماعة والمس والنظر لا يتصور بعد المات على أن نفس التملك أيضاً على
حقيقته غير متصور في الإرث وأما في الكتابة فلأنها ملحقة بالاعتناق كما سيصرح به المصنف بقوله وكذا
الكتابة كالاتفاق في هذا فكانت من فروع قوله أو يعتقها غير داخل في قوله حتى يملك فرج الأخرى غيره

وهو مذهب علي رضي الله
عنه عما بطلاق قوله تعالى
وأن تجمعوا بين الاختين
وكان عثمان رضي الله عنه
يقول أحلت ما آية يعني
قوله تعالى أو ماملكت
أيمانكم وحرمت ما آية يعني
قوله تعالى وأن تجمعوا بين
الاختين والأصل في
الابضاع الحل بعد وجود
سبب الحل وقد وجد وهو
ملك اليمين قال المصنف
رحمه الله (ولا يعارض بقوله
تعالى أو ماملكت أيمانكم
لأن الترجيح للمحرم) لا يقال
يجوز أن يكون المراد بالجمع
بينهما نسكاحاً فلا يتناول
محل النزاع لأن النسكاح
سبب مشروع للوطء فحرمة
الجمع بينهما كما حاد دليل على
حرمة الجمع بينهما وطأ فوجب
ترجيح المحرم والباقي واضح

قوله (وكذا الكتابة كالاعتاق) كلمة كذا زائدة وقوله (في هذا) أي في أنه يحل وطء الأخرى واستشكل ذلك لأنها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها غيره فكان ينبغي أن لا يحل له وطء الأخرى وأجيب بأن الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له أن يوطأ الأخرى وقوله (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) واضح وعن عطاء ابن عباس (١٢٠) رضي الله عنهم أسئل عن المعانقة فقال أول من عانق إبراهيم الخليل

صلى الله عليه كان بمكة فأقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالبطح قيل له في هذه البلدة إبراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي أن أركب في بلدة فيها إبراهيم خليل الرحمن فنزل ومشي إلى إبراهيم فلم عليه إبراهيم عليه السلام واعتنقه فكان هو أول من عانق والشيخ أبو منصور رحمه الله وفق بين هذه الأحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله في أزار واحد فانه سبب يقضي اليها فأما على وجه البر والكرامة إذا كان عليه قيص أو جبة فلا بأس به وعن سفيان رحمه الله تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيماً للغير وروى عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم أبي القاسم رحمه الله أنه كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم

وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لتبوت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن أحدهما وأجارتها وتديرها لا تحل الأخرى ألا يرى أنهم لا يخرج بها عن ملكه وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح أما إذا زوج أحدهما نكاحاً فاسداً لا يباح له وطء الأخرى لأن الأخرى لا يدخل الزوج بها فيه لأنه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ أحدهما أحل له وطء الموطوءة دون الأخرى لأنه يصير جامعاً لوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) وأبو بكره أن يقبل وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى أن النبي عليه السلام عانق جعفر رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روى أن النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكامعة وهي التقبيل وما رواه محمود على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في أزار واحد أما إذا كان عليه قيص أو جبة فلا بأس بها بالاجتماع وهو الصحيح قال (ولا بأس بالمصافحة) لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

ملك إذا مراد بالملك هنا ملك البسبب بدلالة عطف قوله أو نكاح عليه ولا يتصور تمليك الفرج غيره ملك عين بالكتابة كالاختصاص على من عرف معنى الكتابة شرعاً (قوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لتبوت حرمة الوطء بذلك كله) قال صاحب العناية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالاعتاق زائدة وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى أقول هذا كلام عجيب إذ لا شك أن مراد صاحب العناية أن كلمة كذا هي زائدة أي مستدركة لأنهم أضافوا زيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه إليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجمله مراد صاحب العناية الدخول لا التوجيه فإذ كره العيني لغو محض ثم أقول يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع به الاستدراك في كلمة كذا وهو أن مراد المصنف وكذا أي وكسكون اعتاق البعض من أحدهما كاعتاق الكل الكتابة كالاعتاق أي كاعتاق الكل حينئذ يصير المقصود من كلمة كذا هي زائدة أي مستدركة لأنها لا تثبت بها حرمة الوطء كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا اعتاق البعض من أحدهما كاعتاق كلها هو التشبيه أيضاً قبله فكأنه قال وأيضاً الكتابة كالاعتاق في هذا والغرض من التشبيه التثريب في تعليل واحد كما يرشد إليه قوله لتبوت حرمة الوطء بذلك كله فتدبر (قوله وبرهن أحدهما وأجارتها وتديرها لا تحل الأخرى ألا يرى أنها لا تخرج بها عن ملكه) أقول كان الظاهر في التعليل هذا أن يقول لانه لا تثبت بها حرمة الوطء فان مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي أن لا تحل له الأخرى ألا يرى أنها لا تخرج بها عن ملكه بالكتابة أيضاً كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح أيضاً هنا فيما قبل مع أنه إذا كاتب أحدهما تحل له الأخرى كما مر آنفاً وحل الملك في قوله لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما هو عليه بعض المتأخرين تعسف لا ينبغي إذا المستعمل في اللغة والعرف حل الوطء لا ملك الوطء وانما يقال ملك البسبب أو ملك النكاح (قوله ولهما ما روى أنه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكامعة وهي التقبيل)

فصل

للفقراء وطالبة العلم فقيل في ذلك فقال لان الأغنياء يتوقعون مني التعظيم فلهذا تركت

تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام

(قوله فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة) أقول سواء كان في أزار واحد أو كان عليه جبة أو قيص فبين ما ذكره الشيخ أبو منصور وما ذكره المصنف فرق ظاهر ولعل الأولى ما ذكره الشيخ

قال في غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظراته قال في ديوان الادب وغيره كأمع امرأته
ضاجعها وكأمع المرأة قبلها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكامعة
أى عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته إياه لاستريتهما إلى هنا لفظ غاية البيان وقال العيني بعد
نقل ذلك قلت فيه نظر لأن المضاجع هو المعانق غالباً ولا يضاجع أحد غيره إلا والغالب
أنه يعانقه اه أقول ليس هذا بشئ لأن كونه المضاجع هو المعانق غالباً ممنوع ولو سلم ذلك
فلا يلزم منه أن تكون المكامعة هي المعانقة في الغالب وإنما الذي يلزم منه أن يلزم المكامعة
والمعانقة في الغالب ولا شك أن أحد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالآية والبنوة فكيف يصح
تفسير أحدهما بالآخر ولو سلم صحة التفسير بالآية لم يقدح في المسألة لم يقدح في المسألة لان المضاجعة
لما وجدت بدون المعانقة وان كان في غير الغالب كانت المعانقة أخص من المضاجعة فلم يصح
تفسير المكامعة التي هي المضاجعة بالمعانقة بناء على عدم صحة التفسير بالأخص ونظر صاحب الغاية
انما هو في تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتأخرين وفسرها المصنف بالمعانقة مع أن
المكامعة هي المضاجعة في ديوان الادب وغيره كأمع امرأته ضاجعها بناء على أن الكلام في المعانقة
والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف في إباحة المضاجعة
لا على ذلك الوجه على أن المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة
في القاموس كأمع ضاجعته في ثوب واحد إلى هنا كلام ذلك البعض في شرحه وقال في الحاشية
فيه رد على صاحب الغاية أقول كل من مقدمات كلامه مجروح بما قوله بناء على أن الكلام في
المعانقة تعليل لتفسير المصنف المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان لأن كون الكلام في المعانقة
كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون
مطابقاً للمدعى وأما قوله والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة فممنوع إذ لم
يقبل أحد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة في الحديث بل أطلقوها
قال الزحشرى في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكامعة أى عن ملائمة الرجل
الرجل ومضاجعته إياه لاستريتهما انتهى وقال الجوهرى في الصحاح وكأمع مثل ضاجعته والمكامعة
التي نهى عنها في الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لاستريتهما انتهى وقال المطرزي في المغرب نهى
عن المكامعة والمكامعة أى عن ملائمة الرجل الرجل لاستريتهما وما مضاجعته إياه في ثوب واحد
لاستريتهما هذا هو المراد بهما في الحديث عن أبي عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما وهكذا
حكاه الأزهري والجوهرى انتهى وأما قوله لعدم الخلاف في إباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه
فممنوع أيضاً لا شك أن شناعة مضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لاستريتهما ليست بأقل من
شناعة مجرد المعانقة ولو في غير داخل الثوب فكيف يقول بإباحة الأولى من لا يقول بإباحة الثانية
سما عدا إطلاق الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة وأما قوله على أن المكامعة
بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهد عليه بما في القاموس فليس
بمفيد أصلاً لانها وإن كانت هي المضاجعة المخصوصة إلا أن معناها ليس عين معنى المعانقة
ولما سواه في التحقق لا تفكيكاً تحقق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما عرفت من قبل
فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية في أن يحصل الرد
عليه بما ذكره ذلك القائل ولعمري أن مقاسد قلة التأمل مما يضيق عن الإحاطة به نطق البيان والله
سبحانه وتعالى المستعان

فصل في البيع أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب والمس والوطه لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لاوما كان أكثر اتصالا كان أحق (١٢٢) بالتقديم قال (ولابأس يبيع السرقي) كلامه واضح وقوله (في الصحيح)

فصل في البيع قال (ولابأس يبيع السرقي ويكره بيع العذرة) وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقيين أيضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجسد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لانه يلبس في الاراضى لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع بها الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروى عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النخاسة قال (ومن علم بجارية أنها رجل فرأى آخر يبيعها وقال وكانى صاحبها يبيعها فإنه يسهه أن يبتاعها وبطأها) لانه أخبر بجبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على أى وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشترى بها منسه أو وهبها لى أو تصدق بها على لما قلنا وهذا اذا كان ثقة

فصل في البيع قال الشراح أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب والمس والوطه لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لاوما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم انتهى أقول كان المناسب بسباق كلامهم أن يقولوا وما كان متصلا كان أحق بالتقديم الا أنهم قالوا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجهه تأخير الفصول السابقة بعضها عن بعض أيضا لان ما هو المتقدم منها أكثر اتصالا ببدن الانسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله وهذا اذا كان ثقة) قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أى وصف كان أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروته ولو جاهدته انتهى واقتفى أثره العيني وقد سبق فهم الى ما أخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالوا تأويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على أى وصف كان يعنى أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز أن يكون فاسق صادق القول لا يكذب لمروته انتهى أقول لا السؤال شئ ولا الجواب أما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على أى وصف كان نعم قد نبه بقوله وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسهه أن يتعرض لشي من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضمير فيه لان المستفاد من قوله على أى وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما أجمله فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل مالا يفيد الاجمال وأما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه اذا المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الاخص لشي لا يقتضى عدم لزوم الاعم له فالصواب أن مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلا وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أى وصف كان أصلا كما تحققتة أنقا وما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا اذا كان

اختلف عن الرواية الاخرى وهي أن الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز وقوله على أى وصف كان) يعنى حرا كان أو عبدا مسلما أو كافرا رجلا أو امرأة وقوله (لما مر من قبل) يعنى في فصل الاكل والشرب في قوله ومن أرسل أجبر له مجوسا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للخبر وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه أخبر بجبر صحيح لا منازع له فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أى وصف كان أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروته أولوجه

فصل في البيع (قوله فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أى وصف) أقول ممنوع لان غير العدل لا يلزم أن يدخل تحت قوله على أى وصف كان على ما بينه نفسه ولو سلم فلم يقل المصنف لا يقبل قول غير الثقة الا يرى الى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وقوله

لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر رأى لا يلقى فرق بينهما وبين البيانات فان خبر الفاسق يقبل فيها أيضا أكبر رأى على ما مر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في البيانات با أكبر رأى اذا حصل بعد التعرّى بخلاف ما نحن فيه حيث لا بشرط التعرّى فتأمل (قوله أجيب بأن معنى قوله ثقة) أقول فيه بحث

الخبر عدل وان كان الخبر غير ثقة أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة برديه أن الخبر إذا كان فاسقاً أو مستوراً
نظرفيه فان كان أكبر رأيه أنه صادق إلى آخر كلامه فانه ذكر عدل موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول
محمد وان كان الخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة بالمستور حيث قال برديه أن الخبر
إذا كان فاسقاً أو مستوراً ومن يتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم
المعتبرة لا يشبهه عليه أن المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيراً ما يذكرون كل
واحد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل وقال بعض المتأخرين
في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان يعني عدلاً كان أو غير
عدل صبيحاً كان أو بالغاً كان أو عبداً مسلماً كان أو كافراً رجلاً كان أو امرأة لكن بشرط كونه
ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً لجواز أن يعتمد على قوله إذا كان وحيث في الناس ذا مروءة لانه
لا يعمل إلى حطام الدنيا لو جهته ولا يكذب لمروءته فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة كما دل عليه
قوله على أي وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة لان الثاني أعم
من الاول ولو سلم فلا منافاة أيضاً لان الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكافي
صاحبها يبيعها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات فان قوله يقبل أيضاً إذا لم يكن ثقة كما صرح به
بقوله وكذا إذا كان غير ثقة إلا أن قبوله يكون مع ضمنية التحري الموافقة إلى هنا كلامه أقول فيه
فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافي قول المصنف رحمه الله
وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته
والثاني ان قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المصنف
وهذا إذا كان ثقة انما يكون نصراً يحاشره كونه ثقة أن لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا إذا
لم يكن غير ثقة ولما قال وكذا إذا كان غير ثقة كان كلامه صريحاً في عدم اشتراط كونه ثقة كالأخفى
والثالث ان قوله ولو سلم فلا منافاة أيضاً كلام فاسد المعنى لان معناه لو سلم المنافاة بين عدم اشتراط
العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة أيضاً ولا شك أن تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة
فيكون مضمون كلامه المزبور رجعيين النقيضين اللهم إلا أن يكون قوله ولو سلم ناظر إلى قوله لان الثاني
أعم من الاول لا إلى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الخ فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني
من الاول فلا منافاة أيضاً والرابع ان قوله لان الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد
قوله وكافي صاحبها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر البطلان لان المصنف وغيره علواً كونه
في سعة من أن يبتاعها ويطأها يكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على أي وصف كان فلو كان
الاول مشروطاً بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الاول بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام بتحقيق
الخاص والخامس ان قوله فان قوله يقبل أيضاً إذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا إذا كان غير ثقة
يدل على خلاف مدعاه من كون الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكافي
صاحبها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات إذا لا شك أن قول المصنف وكذا إذا كان غير ثقة
عطف على قوله وهذا إذا كان ثقة ولا ريب أن محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو
ما أشير إليه بلفظ هذا في المعطوف عليه فإذا كان صريحاً بمعنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وكذا يقبل
قول الواحد إذا كان غير ثقة كما عترف به فلا جرم أن يكون معنى قوله وهذا إذا كان ثقة وقبول قول
الواحد إذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا إشارة إلى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس
ان اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما إذا كان غير ثقة أيضاً وكون قول المصنف وكذا إذا
كان غير ثقة صريحاً في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه وقول الواحد مقبول على أي وصف كان

وكذا اذا كان غير ثقة وكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على مامر وان كان كبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشيء من ذلك

ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وبالجملة ما ذكره ذلك البعض في هذا المقام برمته خارج عن نسيج الصواب كما لا يخفى على ذوى الالباب (قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على مامر) قلت تعليقه بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل والثقة العدل كما بينا عليه من قبل اذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وان كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما هو همه جماعة من الشراح على مامر لما صحت تعليل قبول قول غير الثقة اذا كان كبر الرأي أنه صادق بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة فانه لا يلزم من عدم لزوم عدالة عدم لزوم كونه من يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى بقي في هذا المقام كلام وهو أن الذي ظهر مما ذكره هنا هو أن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة ولكن لا بد في قبول قوله اذا كان غير عدل من أن يكون كبر رأى السامع أنه صادق وقدم في أوائل كتاب الكراهية أنهم فرقوا بين المعاملات والديانات بأنه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستورا اذا كان كبر رأى السامع أنه صادق فكان ما ذكره هنا مخالفا لما مر هنالك لان ما اعتبر هنالك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر هنا في المعاملات أيضا وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الاشكال فذكر اجال ما ذكرناه وأجاب عنه حيث قال يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول كبر الرأى لا يثبت فرق بين المعاملات والديانات فان خبر الفاسق يقبل في الديانات أيضا كبر الرأى على مامر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في الديانات بكبر الرأى اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل انتهى أقول جوابه ليس بشئ فان كبر الرأى لا يمكن أن يتحقق بدون التحري اذ التحري طلب ما هو أحرى الامر من في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة فلم يطلب ذلك ولم يتوجه اليه كيف يتصور حصول كبر الرأى فلامعنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط كبر الرأى فيه وانما اعتبار كبر الرأى فيه اعتبار التحري بعينه وعن هذا وقع التعبير في بيان هذه المسئلة بعينها في المحيط البرهاني بلفظ التحري بدل كبر الرأى حيث قال فيه وان كان الذى في يده الجارية فاسقا لا تثبت اباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرى في ذلك فان وقع تحريه به على أنه صادق حل له الشراء منه وان وقع تحريه به على أنه كاذب لا يحل له أن يشتريه منه وان لم يكن له رأى بقي ما كان على ما كان كافي الديانات انتهى ثم أقول الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره أيضا وعن هذا قال المحقق التفتازانى في التلويح ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه أن اخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام التحري وفي موضع آخر أنه يشترط التحري ومحمد درجه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير وقال في التوجيه فقبل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان نفسه الماذكور في الجامع الصغير فيشترط التحري ويجوز أن يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان انتهى وقد ذكرت فيما مر في أوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندي من بينهما هو التوجيه الثانى لانه هو الحاسم لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات اذ لارخصة في الديانات بدون التحري والان أيضا أقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين في المقامين في هذا الكتاب وغيره

وقوله (لان كبر الراى يقوم مقام اليقين) يعنى فيما هو اعظم من هذا كالقروج والدماء الا ترى أن من تزوج امرأه فأدخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأة وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان كبراً به انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره لملاشها راسقه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان كبراً به انه لص قصد قتله وأخذ ماله واذا كان كبراً به انه هارب من لص لم يحل بذلك وقوله (الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة في يد فقير لا يملك شيئاً أو كتاب في يد جاهل لم يكن (١٣٥) في آياته من هو أهل لذلك حينئذ يستحب له

أن ينتزه وقوله (وان كان الذى آناه بها) أى بالجارية لان هذا كله مبنى على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر بيعها يعنى أن الآتى بالجارية اذا كان عبداً أو أمة وقال لا خير وهبتها منك أو بعته منك فليس للآخر أن يقبلها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لان المتأني للثالث وهو

الرق معلوم فيه فلم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من رآه في يده لا يحل له الشراء وقوله (وان لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر) بالراء المهمة أى المانع فلا بد من دليل وقوله (ولو أن امرأة أخبرها ثقة) بناء على أن القاطع اذا كان طارئاً ولا منازع للخبر به يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لابد من انضمام كبر رأى المخبر به واذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه وقوله (لان القاطع طارئ فيه) والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض

لان كبر الراى يقوم مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم أنها الفلان ولكن أخبره صاحب الميدان الفلان وأنه وكاله يبيعها أو اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر كبراً به لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشئ فان كان عرفها الاول لم يشتريها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وان كان ذواليد فاسقاً لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبراً كبر الراى عند وجود الدليل الظاهر الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك حينئذ يستحب له أن ينتزه ومع ذلك لو اشتراها يري أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعى وان كان الذى آناه بها عبداً أو أمة لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل لان المملوك لا يملكه فعلم أن الملك فيها غيره فان أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر كبر الراى وان لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها وطبقها ثلاثاً أو كان غير ثقة وآناه بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدرى أنه كليل أم لا الا أن كبراً بها أنه حق) يعنى بعد التحري (فلا بأس بأن تعتد ثم تزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقنى زوجي وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت

(قوله لان كبر الراى يقوم مقام اليقين) قال صاحب العناية يعنى فيما هو اعظم من هذا كالقروج والدماء الا ترى أن من تزوج امرأه فأدخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأة وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان كبراً به انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره لملاشها راسقه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان كبراً به انه لص قصد قتله وأخذ ماله وان كان كبراً به انه هارب من لص لم يحل بذلك وقوله (الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة في يد فقير لا يملك شيئاً أو كتاب في يد جاهل لم يكن (١٣٥) في آياته من هو أهل لذلك حينئذ يستحب له أن ينتزه وقوله (وان كان الذى آناه بها) أى بالجارية لان هذا كله مبنى على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر بيعها يعنى أن الآتى بالجارية اذا كان عبداً أو أمة لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل لان المملوك لا يملكه فعلم أن الملك فيها غيره فان أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر كبر الراى وان لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها وطبقها ثلاثاً أو كان غير ثقة وآناه بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدرى أنه كليل أم لا الا أن كبراً بها أنه حق) يعنى بعد التحري (فلا بأس بأن تعتد ثم تزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقنى زوجي وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت

(قوله لان كبر الراى يقوم مقام اليقين) قال صاحب العناية يعنى فيما هو اعظم من هذا كالقروج والدماء الا ترى أن من تزوج امرأه فأدخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأة وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان كبراً به انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره لملاشها راسقه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان كبراً به انه لص قصد قتله وأخذ ماله وان كان كبراً به انه هارب من لص لم يحل بذلك وقوله (الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة في يد فقير لا يملك شيئاً أو كتاب في يد جاهل لم يكن (١٣٥) في آياته من هو أهل لذلك حينئذ يستحب له أن ينتزه وقوله (وان كان الذى آناه بها) أى بالجارية لان هذا كله مبنى على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر بيعها يعنى أن الآتى بالجارية اذا كان عبداً أو أمة لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل لان المملوك لا يملكه فعلم أن الملك فيها غيره فان أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر كبر الراى وان لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها وطبقها ثلاثاً أو كان غير ثقة وآناه بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدرى أنه كليل أم لا الا أن كبراً بها أنه حق) يعنى بعد التحري (فلا بأس بأن تعتد ثم تزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقنى زوجي وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت

في تفسيره المذكور مسلك الدلالة وثابت الحكم فيما نحن فيه بالاولوية كما في قوله تعالى فلا تقل لهما أف فان فيه النهى عن الضرب بالاولوية ولست شعري ماذا يقول ذلك القائل في شأن الامام الربانى محمد ربه الله تعالى فانه أيضاً قال في الاصل في هذا المقام وأكبر الراى يجوز العمل فيما هو أكبر من هذا كالقروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فأدخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأة الخ كما نقل عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى أنه أيضاً مثل ما قاله صاحب العناية في كونه من تلك الدلالة بالاولوية بل ذلك ما خذ ما قاله صاحب العناية وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد فعلم بهذا ان فيما هو أهم الامور وهو الدماء والقروج جاز العمل بأكبر الراى عند الحاجة مع أن الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه فقيم ادون ذلك أولى انتهى (قوله لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع) اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد

عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيه لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك اذا كان ثابتاً بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستحباب الحال

(قال المصنف وان كان الذى آناه بها عبداً الخ) أقول قوله عبد اخبر كان وآناه بها ماله للذى والهاف في آناه مفعول وهو الشخص الذى أقدم على الشراء من العبد الذى آتى بالجارية أو من الجارية التى آتى بالجارية والباه في بها باء التعدي

عدني وتزوجت بزواج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الاول
وكذا لو قالت جارية كنت أمة فلان فاعتقني لان القاطع طار ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح
كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مريضا أو أخطا من الرضاة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك
رجلان أو رجل وامرأتان وكذا إذا أخبره مخبر أنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاة لم
يتزوج بأختها وأربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبره بفسادهم قارن والاقدام على العقيد
على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج
أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام الاول لا يدل
على انعدامه فلم يثبت المنازع فاقتربا وعلى هذا الحرف بدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا
تعتبر عن نفسها فيدرج يدي أنها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لم يسعه
أن يتزوجها التحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال (واذا باع المسلم خرا وأخذ منها وعليه
دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به) والفرق أن البيع في
الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال مئة وم في حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشتري فلا يحل أخذه
من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذي فلكه البائع فيحل الاخذ منه قال
(ويكره الاحتكار في أقوات الادميين واليهائم اذا كان ذلك في بلد يضرب الاحتكار بأهله وكذلك التلقي
فأما اذا كان لا يضرب فلا بأس به) والأصل فيه قوله عليه السلام الجالب من زوق والمحتكر ملعون
ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان
يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المضر كبيرا لانه حابس ملكه
من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن
تلقى الركبان فالواحد اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكره وفي الوجهين لانه
غادرهم وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالخطبة والشعر والتبن والقوت قول أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضرب بالعامه حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا أو فضة أو ثوبا وعن
محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر وهو المؤثر في الكراهة
وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكار لعدم الضرر واذا
طالت يكون احتكارا مكرها والتحقيق الضرر ثم قيل هي مقدرة بربعين بوالقوله عليه السلام

وخبر الواحد أقوى منه
والباقي واضح قال (واذا
باع المسلم خرا الخ) كلامه
واضح وروى عن محمد
رحمته الله انه قال هذا اذا
كان القضاء والاقتضاء
بالتراضي فان كان بقضاء
القاضي بان قضى عليه
بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن
الخمر طاب له ذلك بقضائه
وقوله (ويكره الاحتكار)
الاحتكار افعال من حكر
أي حبس والمراد به حبس
الأقوات متربصا للغلاء
وقوله (فان لبس فهو
مكره في الوجهين) يعني في
الاضرار وعدمه

الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه بوجوب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت
لغيره لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس
بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال كذا في العناية وكثير
من الشروح وقال بعض المتأخرين بعدد كره هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل
الاكل والشرب ان الحل والحرمه من باب الديانات فيقبل قول الواحد فيها اذا لم تتضمن الحرمه زوال
الملك كما اذا أخبر واحد بل بحل طعام فيؤكل أو حرمته فلا يؤكل لان الحرمه لا تنافي الملك وأما اذا
تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمه كما اذا أخبر عدل للزوجين أنهم ارتضعا من فلانة
لان الحرمه المؤبد لا تتصور مع بقاء ملك النكاح فاضل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه أقول
بجمله ساقط جدا لان الذي تقر في فصل الاكل والشرب هو أن خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل
والحرمه اذا لم يتضمن زوال الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بخبر
الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه اذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل وأما اذا
تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل فنشأ الاعتراض ههنا نظر الى ظاهر اجمال ما ذكر

من احتكر طعاما أو بعين لئلا يفقد برئى من الله ويرى الله منه وقيل بالشهر لأن مادونه قليل عاجل
والشهر وما فوقه كثير أجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثمين أن يتر بص العزة وبين
أن يتر بص القبط والعباد بالله وقيل المدة للعاقبة في الدنيا أما يأنهم وان قلت المدة والحاصل أن التجارة
في الطعام غير مجودة قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الأول
فلأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع وأما الثاني
فالمذكور قول أبي حنيفة لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المصر وجلب إلى فئتها وقال أبو يوسف
يكروه لا مطلقا مروينا وقال محمد كل ما يجلب منه إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم
الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما إذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالجلب منه إلى المصر لأنه
لم يتعلق به حق العامة قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس) لقوله عليه السلام لا تسعروا
فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره فلا ينبغي للإمام أن
يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما بين وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر يأمر المحتكر
ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وبنها عن الاحتكار فإن رفع إليه مرة
أخرى حبسه وعززه على ما يرى زجر الله ودفع الضرر عن الناس فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون
عن القيمة تعدد يا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعر فيئذ لا بأس به بمسورة
من أهل الرأي والبصيرة فإذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازة القاضي وهذا ظاهر
عند أبي حنيفة لأنه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم ومن باع منهم
بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو
على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المدين وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر
عام وهذا كذلك قال (ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لأنه
تسبب إلى المعصية وقد بيناه في السير وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لأنه يحتمل
أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذ خيرا) لأن
المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه قال
(ومن أجر بيتا ليخذه في بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يساع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به) وهذا عند
أبي حنيفة وقال لا ينبغي أن يكره به شيء من ذلك لأنه عانة على المعصية

وقوله (ويتعدون عن القيمة
تعد يا فاحشا) بأن يبيعوا
قسيزا بجائنه وهو يشتري
بخمسين فيمنعون منه دفعا
للضرر عن المسلمين وقوله
(يرى الحجر لدفع ضرر عام)
يعني كالطبيب الجاهل
والمكارى المفلس

هناك فأجيب عنه بأن المراد من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل موجب لازواله ولو كان
باستصحاب الحال لأن خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة
أصلا بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلا لا لاجال الواقع هناك في الظاهر
فكان جوابا شافيا قد اضمحل به الاشكال كما لا يخفى (قوله وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس
به لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك) قال بعض المتأخرين قوله لأنه يحتمل أن لا يستعمله
في الفتنة ولو احتملنا ضعيفا فلا يكره بالشك لو جرد هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى
أقول ليس هذا بشرح صحيح لأن كون احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا
بكونه من أهل الفتنة ممنوع كيف وأما المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب
الغاية وغيره في تعليل هذه المسئلة ففي حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ان لم يكن احتمال أن
لا يستعمله في الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساويا لاحتمال خلافه فالتك على معناه
المصطلح عليه قطعاً ولو كان احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال أن يستعمله
في الفتنة قويا راجحا فينبغي أن يكون السلاح من مثله في أيام الفتنة مكرها وجواب المسئلة على

وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجارة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبه عنه وانما فيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنايس واطهار بيع الخمر والنخازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل الذمة فأما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا وهو الاصح قال (ومن جل لذي خرافاته يطيب له الاجر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يكره له ذلك) لانه اعانه على المعصية وقد صرح أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرة حاملها والمحمول اليه له أن المعصية في شربها وفعلها وفعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحل ولا يقصده والحديث محمول على الحل المقرون بقصد المعصية

وقوله (وليس الشرب من ضرورات الحل) لان الشرب قد يوجد بدون الحل وبالعكس فلا يكون الحل مستلزما للمعصية

خلافه وبالحل لا وجه للشرح المذكور أصلا (قوله وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبه عنه) أقول ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة بمسائل متعددة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفناوى قاضيان وسائر المعتمدين من غير بيان خلاف في شيء منها من أحد من أئمتنا منها أنه اذا استأجر الذي من المسلم بيعة ليصلي فيها فان ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لانه استأجرها ليصلي فيها واصلاته الذي معصية عندنا وطاعة في زعمه وأي ذلك اعتبرنا كانت الاجارة باطلة لان الاجارة على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز انتهى ومنها أنه اذا استأجر المسلم من المسلم بيتا ليجعله مسجدا يصلي فيه المكتوبة أو النافلة فان هذه الاجارة لا تجوز في قول علماءنا وعند الشافعي يجوز قال في المحيط وهذا لانها وقعت على ما هو طاعة فان تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبن أن الاجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلا لادان أو الامامة لا يجوز عندنا لانه طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها انه اذا استأجر ذي من ذي بيتا يصلي فيه لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لان صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا وأي ذلك كان لم تجز الاجارة انتهى اذ لا يخفى أن التعليل المذكور في الكتاب من قبل أبي حنيفة في مسئلتيه يقتضي أن لا تبطل الاجارة في تلك المسائل أيضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ومنفعة البيت ليس بطاعة ولا معصية وانما الطاعة والمعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبه ذلك الفعل عن المؤجر فينبغي أن تصح الاجارة فيها أيضا عنده مع أن الامر ليس كذلك كما عرفت فان قلت ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت إلا أن جعل منفعة حين القعد لاجل الطاعة أو المعصية تأثيرا في بطلان الاجارة قلت فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه أيضا والحاصل أن الفرق بين تلك المسائل ومثلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتنا مل ثم انه ذكر في الذخيرة والمحيط اذا استأجر الذي من المسلم دارا ليسكنها فلا بأس بذلك لان الاجارة وقعت على أمر مباح فخارت وان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شيء لان المسلم لم يؤجرها لها انما أجر للسكنى فكان بمنزلة ما لو أجر دارا من فاسق كان مباحا وان كان قد بعصى فيها ولو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو بيت نار يمكن من ذلك ان كان في السواد قال شيخ الاسلام وأراد به اذا استأجر الذي ليسكنها ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها فما اذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز الى هنا لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط ولا خفاء فيما بينه وبين ما ذكره المصنف من التنافي أقول ان التنافي بينهما ممنوع اذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الاسلام فأما اذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة لتكون مختار نفسه قولهما وانما يلزم التنافي بينهما أن لو قال لا يجوز عند أبي حنيفة أو قال لا يجوز عندهم

قال (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا بأس ببيع أرضها أيضا وهذا رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولا يبي حنيفة قوله عليه السلام إلا أن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولا نهارة محترمة لأنها فناء الكعبة وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها حتى لا يفر صيدها ولا يختلي خللاها ولا يعرض شوكتها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني ويكره إجارتها أيضا لقوله عليه السلام من أجز أرض مكة فمكنا ما أكل الرابولان أرضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج إليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء يكره له ذلك) لأنه ملكه فمضاجرت به نفعاً وهو أن يأخذ منه ماشاء حالاً فلا ينهي رسول الله عليه السلام عن قرض جزئ نفعاً وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ماشاء جزأ جزأ لأنه ودعة وليس بقرض حتى لو هلك لأشئ على الأخذ والله أعلم

وقوله (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء) واضح ولكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لأن عند اللودعة فلا فرق حينئذ بين صورة الودعة والقرض ويجوز أن يجعل قوله يأخذ منه ماشاء خارجاً عن شرط الشرط يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ماشاء وأما إذا وضعه ولم يشترط شيئاً فهو ودعة إن هلك لم يضمن البقال شيئاً

جميعاً وليس فليس وذكر أحد الفواوين في المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعز في كلام الثقات وعن هذا نرى كثيراً من أصحاب التون يدعون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك وكيف لا يكون مراد شيخ الإسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بأنه لا بأس عند أبي حنيفة أن تؤاجر بيتك ليتخذ فيه بيت ناراً أو كنيسة أو بركة أو يساع الخرفيه بالسواد وهل يلحق بمنزل شيخ الإسلام أن يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام المصنف صريح في أن إجازة البيت ليساع فيه الخمر مع كونه معصية إنما صحت عند أبي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بأن صحتهما لعدم كون بيع الخمر معصية للذي كثر به لأن خطاب التحريم غير نازل في حقه ولا خذلاء فيما بينهما أما من التنافي انتهى أقول كون كلام المصنف صريحاً فيما ذكره من نوع لجواز أن يكون قول المصنف وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه بخلاف ما في المسئلة المذكورة لأن صور الإيجار البيت لأن يتخذ فيه بيت ناراً وإيجاره لأن يتخذ فيه كنيسة وإيجاره لأن يتخذ فيه بركة وإيجاره لأن يساع فيه الخمر ولا شك أن اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البركة المعصية للذي أيضاً يكون الكفار مخاطبين بالإيمان بخلاف واتخاذ تلك الأمور بناء في الإيمان فكانت معصية قطعاً وإن لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بأن خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز أن تكون الصور الثلاث الأولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المصنف وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه قطعاً فقطع نسبه عنه فكانه قال وإنما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر وأما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذي الخمر فالأمر بين حينئذ لا يتحقق التنافي بينهما وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ثم إنه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضاً معصية للذي فلا ضير فيه لأن في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل أن الكفار مخاطبون بالشرايع أم لا فيجوز أن يكون معنى كلام صاحب المحيط على القول الأول ومبنى كلام المصنف على القول الثاني ولكل وجهة هو مولىها (قوله وقال لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء) قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع دليل على أن عقار مكة عرضة للتملك والتملك انتهى وأصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرها ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى أسامة بن زيد أنه قال يا رسول الله أنزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع

﴿مسائل متفرقة﴾

قال (ويكره التعشير والنقط في المصحف) لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن وپروی جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب تنكلا عليه فيكره فانرا في زماننا لا بد للجمع من دالة قترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال (ولابأس بتخمية المصحف) لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال (ولابأس بان يدخل أهل الذمة المسجد الحرام) وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا

﴿مسائل متفرقة﴾

التعشير جعل العواشر في المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف في تفسير قوله جردوا القرآن فقيل المراد نطق المصاحف فيكون دليلا على كراهة نطق المصاحف وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل هو حث على أن لا يتعلم شيء من كتب الله غير القرآن لان غيره انما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤمنين عليها وقوله (وقد ذكرناه من قبل) يعني في فصل القراءة من الصلاة

أودور وكان عقيل ورث أباطالب وطالب ولم يرثه جعفر ولا علي لانهم اكانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر في هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تلك ونورث لانه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما ترك أبو طالب في ربيع ودور انتهى ثم ان بعض المناخرين بعد أن ذكر ما في الكافي وأصله المزبور على التفصيل المسد كور قال ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي ألا يرى الى صحة هذا الحديث أيضا لو كانت الاراضي موقوفة والابنية عليها مما لو كانت انتهى أقول بل لا يخفى على من له أدنى غيرة أن الحديث المذكور يدل على ميراث الارض أيضا قطعا اذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال وعمل ترك لنا عقيل من ربيع أودور والرباع جميع ربيع وهو الدار بعينها حيث كانت والحلة والمنزل كذا في القاموس وغيره ولا شك أن كلام الدار والحلة والمنزل اسم لما يشمل البناء والعروة التي هي الارض فكان معنى قوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع أودور ما ترك لنا من البناء والارض واذا كان وجه عدم تركه شيئا من ذلك استيلاءه على كل من ذلك بالارث من أبي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الأثر اذ دل الحديث المذكور قطعا على ميراث الارض أيضا وانما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وهل ترك لنا عقيل من بيوت وليس كذلك كما ترى بل الاجمال أصلا لان يكون كذلك اذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول أسامة بارسول الله أنزل في دارك بمكة فان عدم ترك عقيل بيتا باستيلائه على الابنية وحدها لا يقتضي عدم تركه أرضا أيضا حتى لا يمكن النزول في عروسة داره أيضا وهذا مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض والمحب أنه قال في حاشية كتابه في هذا المقام الرباع جميع ربيع وهو الدار بعينها والحلة والمنزل كذا في القاموس انتهى وقال في أصل كتابه ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبي صلى الله عليه وسلم بقوله وهل ترك لنا عقيل من ربيع أودور والله الهادي الى سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل

﴿مسائل متفرقة﴾

قوله ولا بأس بتخمية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال صاحب العناية يعني في فصل القراءة من الصلاة وقد سبقه صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه أقول هذا اسم من الشارحين المذكورين لان المصنف ما ذكره في فصل القراءة من الصلاة لا صرح بالالتزام بل انما ذكره في آخر باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة في فصل أوله ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء يظهر ذلك بالنظر الى محله (قوله للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) قال تاج الشريعة في

ولان الكافر لا يتخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرج منه عنها والجنب يجب المسجد وهذا
يخرج مالا والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روى أن النبي عليه السلام أنزل وفد
تقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلوث المسجد والآية محمولة
على الحضور واستيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال (ويكره استخدام
الخصيان) لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثله محرمة قال (ولا بأس
بخصاء البهائم وانزاع الحية على الخيل) لان في الاول منفعة للبهيمة والناس وقد صرح أن النبي عليه
السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال (ولا بأس بعبادة
اليهود والنصراني) لانه نوع بر في حقهم وما نهى عن ذلك وقد صرح أن النبي عليه السلام عاديهم وديا
مرض بجواره قال (ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعدن العزم من عرشك) والمسئلة
عبارة ان هذه ومعدن العزم ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود

حل دلالة الآية على مدعى الشافعي خص الله تعالى المسجد الحرام بالذ كرفدل على أن النهي عن
الدخول خاص في حقه لان انما الحصر الحرام في النبي أو حصر النبي في الحكم كقولنا انما
الطيب زيدا وانما زيد طيب اه أقول ان قوله لان انما الحصر الحرام في النبي أو حصر النبي في الحكم
ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف في أن الكفار هل يجوز لهم أن يدخلوا المسجد الحرام أم لا لا في أنهم
نجس أم لا وكلمة انما في الآية المذكورة انما هي في قوله تعالى انما المشركون نجس لا في قوله تعالى
فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم وهذا فتاوى الحصر الذي تقيده كلمة انما هو في الجملة التي دخلت
عليها كلمة انما لا في الجملة الاخرى فلا يتم التقريب (قوله ولان الكافر لا يتخلو عن جنابة لانه لا يغتسل
اغتسالا يخرج منه عنها والجنب يجب المسجد) أقول لا يذهب عليه أن هذا الدليل لو تم دل على أن
لا يدخل الكافر شيئا من المساجد ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر
المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه وانما كان مناسبا لمذهب مالك كما لا يخفى (قوله ولان
الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلوث المسجد) قال بعض المتأخرين ظاهره أن هذا دليل آخر ولا
وجه له في حق التعبير حذف حرف التعليل ليكون اشارة الى دفع أن يقال كيف أنزلهم في مسجده وقد
وصفهم الله تعالى بكونهم أنجاس انتهى أقول ليس ذلك بشئ اذ لا شك في صحة أن يكون هذا دليلا آخر
عقليا لانما الخبث اذا كان في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلوث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد بأس
لا محالة فقول ذلك البعض ولا وجه له تحكم بحت كما لا يخفى وكونه دليلا مستقلا على أصل المدعى
لا ينافي أن يتضمن الجواب عن أن يقال كيف أنزل النبي عليه السلام وقد تقيف في مسجده وهم
كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا كما حكى أنه عليه السلام لما أنزلهم في مسجده وضر بآلهم
خيمة قالت الصحابة قوم أنجاس فقال عليه السلام ليس على الارض من أنجاسهم شئ وانما أنجاسهم
على أنفسهم ومن عادة المصنف أنه يجعل كثيرا من النصوص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسئلة افادة
للفائدة معا وما نحن فيه أيضا من ذلك القليل نعم يرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص وهو
قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم وهذا والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف
في علم الاصول فأجاب المصنف عنه بقوله والآية محمولة على الحضور واستيلاء الى آخره (قوله ويكره
استخدام الخصيان) قال العيني والخصيان بضم الخاء جمع خصي كالثنيان جمع ثني وتبعه بعض
التأخرين أقول ما ذكره ليس بصحيح فان المضبوط في عامة المعبريات من كتب اللغة أن جمع خصي
هو خصيان بكسر الخاء وخصية قال في مختار الصحاح والرجل خصي والجمع خصيان بالكسر وخصية

وقوله (ولا بأس بعبادة
اليهود والنصارى) قبلهم ما
لان في عبادة الجوس اختلافا
بين المشايخ رحيم الله فنهى
من قال لا بأس به لانهم من
أهل الذمة وهو المروى عن
محمد رحمه الله ومنهم من
قال هم أبعد عن الاسلام
من اليهود والنصارى ألا ترى
أنه لا يباح ذبيحة الجوس
ونكاحهم بخلاف اليهود
والنصارى واختلفوا في
عبادة الفاسق والاصح أنه
لا بأس به لانه مسلم والعبادة
من حقوق المسلمين وكلامه
واضح

(قال المصنف ولان الكافر
لا يتخلو عن جنابة) أقول
هذا لا يخص المسجد الحرام
(قال المصنف والآية
محمولة على الحضور واستيلاء
واستعلاء) أقول لا على
منعهم أن يدخلوها
مستولين وعلى أهل الاسلام
مستعلين وأيضا النهي
تكويني لا تنكيني

وكذا الاولى لانه يوههم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لانه مأثور عن النبي عليه السلام روى أنه كان من دعائه اللهم اني أسألك بمعدن العزم من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وحمدك الاعلى وكلتاك التامة ولكننا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع (ويكره أن يقول الرجل في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لانه لاحق للخلق على الخلق قال (ويكره اللعب بالشرطيخ والزند والاربعة عشر وكل هو) لانه ان قامر بهم فاليسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عيب ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشرطيخ لما فيه من تشديد الخواطر وتذكير الافهام وهو محكي عن الشافعي رحمه الله لنا قوله عليه السلام من لعب بالشرطيخ والزند شير فكانت غمسه يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصعد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما أهلك عن ذكر الله فهو مبسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذير الهم ولم يرا أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من أهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريدة رضي الله عنها وكانت مكتوبة وأجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى أبي أسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجحد التاجر بدانها ومن ملك شيئا علك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقى على أصل القياس

انتهى وأما كون الخصيان بالضم جمع خصي فلم يسمع من أئمة اللغة قط (قوله وكذا الاولى لانه يوههم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم) قال بعض المتأخرين يرد عليه أن حدوث تعلق صفته تعالى بشي حدث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توفيقها على ذلك التعلق فان صفة العز ثابتة تعالى أزلا وأبدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصانا فيه كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصا فيه وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر للصفات لا مباد لها فالاولى في تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافي لانه يوههم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث والعز صفته القديمة حيث جعل لزوم كون عزه حادثا دخلا في حيز الابهام فتأمل الى هنا كلامه أقول ان صاحب الكافي وان جعل لزوم كون عزه حادثا دخلا في حيز الابهام إلا أنه علل الابهام أن عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لانه يوههم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفته القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى فكان مدار ما قاله صاحب الكافي أيضا لزوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فرق بينه وبين ما قاله المصنف في ورود ما ذكره ذلك القائل فلامعنى لقوله فالاولى في تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافي وان لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافي لتعلقه بالمحدث فيكون علة قوله وان عزه حادث لتعلقه بالمحدث ظاهرا وان لم يصرح به اذ لا شيء يصلح لان يكون علة له سواء وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة في الدعاء المسذ كور من مشايخنا جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث قال في المحيط وأما باللفظ الاول فلانه يوههم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وان كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء فانه يكره أيضا لانه يوههم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالمحدث والله تعالى عز يزل موصوفا

(قوله لهو المؤمن باطل
الا الثلاث) كذا بالاصل
والمحفوظ الا في ثلاث اه
مصححه

(قال المصنف لانه ان قامر به
فاليسر حرام بالنص وهو
اسم لكل قمار وان لم يقامر
فهو عيب ولهو) أقول
ولذلك لم يعزروا قال بما قامر
لان أبو يوسف قال في رواية
لا بأس باللعب بالشرطيخ
كذا في المحيط السرخسي
في باب التعزير وفي صحة
التعليل كلام لا يخفى

قال (ومن كان في يده لقيط لأب له الخ) ذكر في النهاية أن قوله لأب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها وأبها فوهب لها أبها فوجب أن يزوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب لأنه لما كان نفعاً محضاً كان تحقيق معناه في فتح باب الإصابتين من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتميز فثبت أن عدم الأب ليس بالزوم كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله وأموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة وقوله (وأجارة الصغار) في أكثر النسخ وهو رواية القدوري رحمه الله (١٣٣) وفي بعضها وأجارة الأتار وكلامه

واضح وقوله (ولا يجوز للملئق أن يؤجره) هذا يناقض قوله وأجارة الصغار ظاهراً فثبت من جملة على الروايتين فالأول على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأتار كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارتها على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعدد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة وقوله (ولا يجوز ذلك للعم) يعني وإن كان في جبره وقوله (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) قال في النهاية أي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في باب إجارة العبد وقوله (ويكره أن يجعل في عتق عبده الراية) راية الغلام على يجعل في عتق الغلام علامة يعلم بها أنه آتق قال في النهاية وأما الغاية بالادال فغلط كذا في

قال (ومن كان في يده لقيط لأب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه إلا الولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لأن الولي هو الذي قام مقامه بأبائه الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه وأجارة الأتار وذلك جائز من يعوله وينفق عليه كالإخ والعلم والام والملةقط إذا كان في جبره ثم وإذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي أولى به إلا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الصبي في جبره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملةقط والإخ والعلم والصبي بنفسه إذا كان يعقل لأن الاتق بالحكمة فتح باب مثله نظراً للصبي فملك بالعقل والولاية والجبر وصار بمنزلة الاتفاق قال (ولا يجوز للملئق أن يؤجره ويجوز للإمام أن يؤجر ابنها إذا كان في جبرها ولا يجوز للعم) لأن الإمام تلك اتلاف منافعها باستخدامه ولا كذلك الملةقط والعلم (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) لأنه مشوب بالضرر (الأذا فرغ من العمل) لأن عند ذلك تمحض نفعاً فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤجر نفسه وقد ذكرناه قال (ويكره أن يجعل الرجل في عتق عبده الراية) ويروي الداية وهو طوق الحديد الذي يمنع من أن يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لأنه عقوبة أهل النار فيكره كالإحراق بالنار (ولا يكره أن يقيده) لأنه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد تحريزاً عن إباحة وصيانة له قال (ولا بأس بالخفنة

به ولا يزال موصوفاً به انتهى إلى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام في هذا المقام ثم أقول في الجواب عما أوردته ذلك البعض الظاهر أن ما هو نفعه ههنا ليس إيهام مطلق تعلق عزه تعالى بالحدث إذ قد تقرر في علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم إلى دائرة الوجود بحسب تعلق إرادة الله تعالى وقدرته بذلك والحدوث إنما هو في التعلقات دون أصول الصفات ولا نقصان في ذلك أصلاً بل هو كمال محض لا ينبغي فكذا الحال في صفة عزه تعالى وإنما هم بما هو نفعه إيهام تعلق عزه تعالى بالحدث تعلقاً خاصاً وهو أن يكون ذلك المحدث مبدءاً ومنشأً لعزته تعالى كما هو مبدء كلفه من في قوله بعمدة العزم من عرشك إذا الظاهر المتبادر منه في بادئ الرأي أن تكون لا ابتداء الغاية حتى قال بعضهم إن جميع معاني من راجعة إلى معنى ابتداء الغاية ولا شك أن التعلق بالحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزه تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى أصلاً وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة أنه لا ينبغي أن يفتي على أساطين الفقهاء ما تقرر في علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالمحدثات تعلقاً فاضلاً لا ترى أن المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وإنما الحال تعلق صفة الله تعالى بالمحدث تعلق استفاضته منه فهو المهر وب عن إيهامه فيما نحن فيه بل لا ريب (قوله قال ومن كان في يده لقيط لأب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) قال في النهاية أعلم أن قوله لأب له ليس بشرط لازم

المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قوله الأباقي أما في زماننا فلا بأس به لعلنا لا نأبى خصوصاً في الهنود

(قال المصنف ولا يجوز للملئق أن يؤجره) أقول ذكر المصنف في باب اللقيط أن هذه الرواية هي الأصح وقال أكمل الدين يناقض قوله وأجارة الصغار ظاهراً فثبت من جملة على الروايتين ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأتار كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارتها على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعدد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة انتهى وقال العلامة السكاكي أو نقول المراد بقوله وأجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من جنس ما لا بد للصغار منه انتهى وقد مر أنه يجوز في كتاب اللقيط (قوله فالأول على رواية القدوري كما مر) أقول في كتاب اللقيط

وقوله (يريد به التداوى) احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته أى باباحة التداوى الحديث قال صلى الله عليه وسلم تدأوا وعاد الله فان الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالنوكل محمول على التوكل عندا كتنساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزى اليك بجذع النخلة مع قدرته على أن يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله وقوله (الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالتبرؤ ونحوها لان

(١٣٤)

الاستشفاء بالمحرم حرام) قيل اذا لم يعلم أن فيه شفاء فان علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز له الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضى الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل أن عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغنى بالحلال عن المحرم ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالمحرم وانما يكون بالحلال قال (ولا بأس برزق القاضي الخ) اذا قلنا سلطان وجلا القضاء لا بأس أن يعين له رزقا بطريق الكفاية لأن يشترط ذلك في ابتداء التقاعد لان النبي عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة وفرض له أربعين أوقية في السنة والواقية بالتشديد أربعون درهما وتكلموا في أنه صلى الله عليه وسلم لم يأكل مال رزقه ولم تكن يومئذ الدواوين ولايت المال فان الدواوين وضعت في

يريد به التداوى) لان التداوى مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالتبرؤ ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال (ولا بأس برزق القاضي) لانه عليه السلام بعث عتاب بن أسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقة في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحسن من أسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بحال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استتجار على الطاعة اذا القضاء طاعة بل هو أفضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالأفضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامته فرض القضاء الا به اذا اشتغال بالكسب بقعده عن اقامته وان كان غنيا فالأفضل الامتناع على ما قيل رفقاً ببيت المال وقيل الاخذ وهو الأصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظر المان بولي بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على أنه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في أول السنة لان الخراج يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو

في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أمها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب فانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجهه والولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتميز فنبت أن عدم الأب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام انتهى وقد أطمعت كلمة سائر الشراح أيضا على أن عدم الأب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاقي وعلل ذلك كله بما ذكر في كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عنده زوجها يعولها ولها أب فقبض زوجها الهبة لها فانه يجوز لكونه نفعا محضا لجواز قبض الهبة لها مع قيام الأب غير أن صاحب الكفاية والعناية ذكره بطريق النقل عن النهاية ومن عداها ما ذكره من عند أنفسهم أقول قول الكل ليس بصحيح عندى إذا ثبت مما ذكره في كتاب الهبة انما هو أن عدم الأب ليس بلازم في جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها اذا كانت عنده يعولها لان عدم الأب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملقط الهبة أو الصدقة للقط الذي يده للتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الأب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلة بالأب المسئلة التي استشهدوا بها حيث قال وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها الهبة بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف وعليك مع حضرة الأب بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجت لا يمكنه الا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفه هو لاهل الضرورة لا بتفويض الأب ومع حضرة الأب لاضرورة انتهى تأمل ترشد وقال بعض المتأخرين وقوله لأب له أى لأب له مع روف لأن لا يكون أبوه حيا وهو بيان للواقع فان اللقيط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحة أهله في الطريق خوفا من العيلة أو فرارا من التهمة فلا يكون له أب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من أن قوله

زمن عمر رضى الله عنه فتقبل انما رزقه من النبي وقيل من المال الذي أخذه من نصارى نجران ومن الجزية التي أخذها من مجوس على قوله فالأول احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح) أقول سبق من المصنف في فصل الوطء والنظر والمس أنه يجوز الحقنة للهرزال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لانه أمانة المرض فانه يدل على ان المختار تلك الرواية ويجوز أن يقال المراد ههنا ارادة مجردة التسمين بلا قصد التداوى وفيما سبق ليس كذلك

هجر وقوله (على اختلاف معروف في نفقة المرأة) يعني على قول محمد رحمه الله يجب رد حصة ما بقي من السنة وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يجب فأشوا على نفقة الزوجة إذا استجملت نفقة السنة فمات الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد خلافاً لأبي يوسف وقوله (ولابأس أن تسافر الامة الى آخره) قيل هذا كان في الابتداء أما الآن فيكره ذلك لغلبة أهل الفسوق وقوله (على ما ذكرنا من قبل) إشارة الى ما ذكر من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح بكافي المحارم

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل قواهم المذكور وهذا ليس بشيء لأنه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى أقول بل ما ذكره نفسه في الرد عليهم ليس بشيء لأن ما ذكره في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكرناه من المناسبات بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية ولا ريب أن الحثية المذكورة ههنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضي ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لكانت بعض من المناسبات السابقة واللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر من ذلك فإنه يفعل في مواضع شتى

على اختلاف معروف في نفقة المرأة إذا ماتت في السنة بعد استجمال نفقة السنة والاصح أنه يجب الرد قال (ولابأس بأن تسافر الامة وأم الولد بغير محرم) لأن الجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وان امتنع ببعضها

كتاب احياء الموات

لابأس ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب وذلك لأن وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقاً إلى هنا كلامه أقول ليس هذا أيضاً صحيح فإن مداره الغفول عما تقرر في كتاب اللقيط من أنه إذا ادعاه مدع أنه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز أن يظهر له أب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم أب فيتمشي ما ذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الأب فيما إذا كانت صغيرة من زوجة وكانت عنده زوجها يعولها فلا وجه لنفي وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على أن وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقاً ولا معنى لجل قوله لأب له في مسألة الحامع الصغير على بيان الواقع بأن يكون المراد لأب له معروف لأن لا يكون له أب في الحياة لأنه ان كان المراد لأب له معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيداً من اللفظ جد الاحتياجه الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام في هذا المقام لا يليق بشأن الامام الرباني محمد ذلك الهام وان كان المراد لأب له معروف أصلاً أي لحين الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بياناً للواقع اذ لا يلزم أن لا يكون اللقيط الا كذلك فإنه قد يكون له أب معروف بعد الالتقاط بأن ادعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فإنه مقبول في الشرع كما هو ولا فرق بينه وبين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الأب بكافي المولود من أمته فالحق عندي أن قوله لأب له قيد احترازي عن اللقيط الذي كان له أب حاضر فإنه لا يجوز من كان في يده مثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الأب لتفويض الأب أمورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يمكن كونه الا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى اذ لا شك أن الملتقط داخل في كايته قوله وكل من يعولها غيرها فلزم أن لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده وعوله كالايحفي فتبصر والله الموفق للصواب

كتاب احياء الموات

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل قواهم المذكور وهذا ليس بشيء لأنه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى أقول بل ما ذكره نفسه في الرد عليهم ليس بشيء لأن ما ذكره في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكرناه من المناسبات بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية ولا ريب أن الحثية المذكورة ههنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضي ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لكانت بعض من المناسبات السابقة واللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر من ذلك فإنه يفعل في مواضع شتى

قال (الموات ما لا ينتفع به من الاراضي) شبه ما لا ينتفع به من الاراضي لا تقطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك بأن غلب عليه الرمال أو صار سجة بالميت (١٣٦) من الحيوان الذي بطلت منافعه فسمى مواتا واحياؤه عبارة عن جعله

بحيث ينتفع به قوله (فما كان منها عاديا) ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من أن يكون منسوباً إلى عاد لأن عاد الم ملك جميع أراضي الموات ولكن مراده ما قدم خرابه كما ذكر في الكتاب وقوله (أو كان مما لو كافي الاسلام لا يعرف له مالك بعينه) قول بعض المشايخ رحمه الله وقال بعضهم الأراضي المملوكة اذا انقرض أهلها فهي كاللقطة وقوله (واذا لم يعرف مالكة) من تمة قول محمد رحمه الله وقوله (فيستدار الحكم عليه) أي على القرب مرجع حكمي يفهم من قوله قريبا وقوله (ثم من أحياء) واضح

(قال المصنف الموات ما لا ينتفع به من الاراضي) أقول تعريف بالاعم لصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لأحد الامور المذكورة ولك أن تقول هذا تفسير المعنى اللغوي (قال المصنف ومعنى العادي ما قدم خرابه) أقول لأن يكون منسوباً إلى عاد وينسب كل أثر قدم اليهم لتقدمهم قال عليه الصلاة والسلام عادي

قال (الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لا تقطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال (فما كان منها عاديا لا مالك له أو كان مما لو كافي الاسلام لا يعرف له مالك بعينه) وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من أقصى العاصم فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القسدي ومعه في العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رحمه الله انه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمي مع انقطاع الارتفاق به ليكون ميتة مطلقا فأما التي هي مملوكة لمسلم أو ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكة يكون للجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك برده عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعيد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لأن الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده رحمه الله وشمس الأئمة السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياء باذن الامام ملكه وان أحياء بغير اذنه لم يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يملكه) / قوله عليه السلام من أحياء أرض ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فملكه كافي الخطب والضيد ولا يبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ليس للرا اما طابت نفس امامه به

(قوله الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لا تقطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لأحد الامور المذكورة ولك أن تقول هذا تفسير المعنى اللغوي انتهى أقول توجهه الذي ذكره بقوله ولك أن تقول الى آخره ليس بنام فان قيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي أيضا قال في الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات أيضا الارض التي لا مالك لها من الأديمين ولا ينتفع بها أحد انتهى وقال في القاموس والموات كغراب الموت وكسحاب ما لا روح فيه وأرض لا مالك لها انتهى فعلى تقدير أن يحمل ما في الكتاب على تفسير المعنى اللغوي يكون تفسير بالاعم أيضا لا يقال أصل المعنى اللغوي للموات ما لا روح فيه والذي ذكره في الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفي أو الشرعي فلم يكن قيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي لاننا نقول الظاهر المتبادر من أن يذكركم معنى اللفظ في كتب اللغة بلاضافة الى العرف أو الشرع أن يكون ذلك المعنى معناه اللغوي سيما من قيد أيضا في قوله في الصحاح والموات أيضا الارض التي لا مالك لها وان لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي ذكرنا أولا فلا شك أن ما لا روح فيه أعم من الارض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير أن يحمل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفنا بالاعم وهو ليس بأقل فصاحب التعريف بالاعم وبهذا الذي ذكرنا يظهر أنه يشكل أيضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح هذا المقام حيث قال قوله الموات ما لا ينتفع به من الارض تحدد لغوي وزاد عليه في الشرع أشياء أخر يأتى في قوله فما كان عاديا لا مالك له أو كان مما لو كافي الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان في أقصى العاصم فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى تأمل تقف (قوله ولا يبي حنيفة قوله عليه السلام ليس للرا اما طابت نفس امامه به) أقول لقائل أن يقول ان اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئا من الاملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك أن كل أحد يستبد في التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسباب الملك من غير

الارض لله ورسوله ثم هو بعد مني الحكم رواه سعيد بن منصور وأبو عبيد كذا في شرح الكاكي وفي كلامه تناقض ومارواه ظاهره والظاهر أن مراده من قوله لأن يكون منسوباً إلى عاد انتساب الملكية (قوله فيدار الحكم عليه أي على القرب) أقول أي القرب مرجع لضيق عليه حكمي أي مذكور حكمه لانتهاءه من قوله قريبا كقوله تعالى اعدوا له أو أقرب للتقوى

وقوله (وماروياه محتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع) تقريره أن المشروعات (١٣٧) على نوعين أحدهما نصب الشرع

والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله صلى الله عليه وسلم من قاء أو رصف في صلاته فلينصرف والاخر كقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فلاه سلبه أى للامام أن يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك منه عليه

الصلاة والسلام اذنا لقوم معينين فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا مواتا فهي له من ذلك القليل وحاصله أن ذلك يحتمل التأويل وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبله فكان راجحا وفيه وجه آخر وهو أن قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا مواتية فهي له يدل على السبب فان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على عليه المشتق منه ذلك الحكم وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا باذن الامام وقوله عليه الصلاة والسلام ليس للره الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله (والاصح أن الاول ينزعها من الثاني) بيانه أن المشايخ رجعهم الله اختفوا في أن احياء الموات يثبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخي رحمه الله الى الاول قياسا على من جلس في موضع

وماروياه محتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد أن يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احيها ثم تر كها فزرعها غيره فقد قيل الثاني أحق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقيتها فاذا تر كها كان الثاني أحق بها والاصح أن الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالا حياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك ومن أحيا أرضا مواتية ثم احاط بالاحياء بجوانبها الاربعة من أربعة نفر على التعاقب فعن محمد بن طريق الاول في الارض الرابعة

توقف على اذن الامام وان لم يعتبر عمومه لايتم المطلوب ههنا فان قلت عموم غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه الى رأى الامام وما ذكرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه الى رأى الامام بخلاف ما نحن فيه قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة فيسألزم المصادرة على المطلوب (قوله وماروياه محتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع) تقريره ان المشروعات على نوعين أحدهما نصب الشرع والاخر اذن بالشرع فالاول كقوله عليه السلام من قاء أو رصف في صلاته فلينصرف والاخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فلاه سلبه أى للامام ولاية أن يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتجرى بضاعى القتال لانصب لشرع فكذلك في يومنا هذا من قتل قتيلا لا يكون سلبه له إلا أن يأذن الامام به فيجوز أن يكون قوله عليه السلام من أحيا أرضا مواتية فهي له من ذلك القليل وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبله فكان راجحا كذا في العناية وغيرها قال ناج الشريعة فان قلت مارواه عام خص منه الخطب والحشيش وماروياه لم يخص فيكون العمل به أولى قلت ماذا كر لبيان أنه لا يجوز لافتيات على رأى الامام والخطب والحشيش لا يحتاج فيهما الى رأى الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصرح بخصوصا والارض مما يحتاج فيها الى رأى الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل وايضا الزكك كسائر الاموال فكان ما قلنا أولى انتهى واقفى أثره صاحب الكفاية والعينى أقول كل من السؤال والجواب ليس بسديد أما الاول فلان كون مارواه عاما خص منه الخطب والحشيش انما يقتضى كون العمل بماروياه أولى لكونه مما لم يخص أن لو خص الخطب والحشيش بمارواه بكلام موصول به اذ يصير العام الذى خص منه البعض حينئذ ظنيا كما عرف في علم الاصول وأما اذا خص الخطب والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه فلا يلزم أولوية العمل بماروياه اذ يصير العام حينئذ منسوخا في القدر الذى تناوله الخاص ويصير قطعيا في الباقي كسائر القطعيات كما تقرر في علم الاصول أيضا ولا شك أن تخصيص الخطب والحشيش بمارواه ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل آخر مفصول عنه وأما الثاني فلان كون الارض مطلقا مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة لم يقل به الامامان في الارض الموات فينبأ الجواب عليه يؤدى الى المصادرة فان قيل انما يؤدى الى المصادرة ولم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الخ قلنا كونهم امن الغنائم دليل آخر عقلى لا يحنيفة مذكور في الكتاب بعده والكلام الآن في عشمية الدليل النقلى فبالصير الى ذلك الدليل العقلى هنا يلزم خبط الدليلين ولا يخفى ما فيه (قوله يجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز) أقول في هذا التعليل شئ وهو أنه سيجى في الكتاب أن المسلم والذى مستويان في حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى في حق المسلم دون الذى فتأمل (قوله والاصح أن الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالا حياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك) قال في العناية ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على

(١٨ - تكلة ثامن) مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه وأعرض بطل حقه وعامتهم الى الثاني استدلالا بالحديث فانه أصناف بلام التملك في قوله فهي له وملكه لا يزول بالترك ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبه ما صح

وأما على مذهب أبي حنيفة رحمه الله ففيه نظرا لأنه جملة على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذنا له لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلافله سلبه ملك سلب من قتله وقوله (لتعينها نظرقه) لأنه حين سكنت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا فاذأ أحياءه الرابع فقد أحيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال (ويملك الذي بالاحياء) المسلم (١٣٨) والذي في تلك ما أحياءه سواء الاستواء ما في السبب والاستواء

في السبب بوجوب الاستواء في الحكم كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على أصلنا كالمسلمين (قوله ومن حجر أرضا) يحوز أن يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه ومعنى الاول أعلم بوضع الحجر حوله لانهم كانوا يفعلون ذلك ومعنى الثاني أعلم بحجر الغير عن احيائها فكان التججير هو الاعلام فاذا حجر أرضا ولم يجرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك أن المشايخ رجعهم الله اختلفوا في كونه مفيدا للملك فذهب من قال يفيد ملكا موثقة الى ثلاث سنين وقيل لا يفيد وهو مختار المصنف رحمه الله أشار اليه بقوله (هو الصحيح) قيل وغرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل منى ثلاث سنين وأحياء فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روى عن

لتعينها بالطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال (ويملك الذي بالاحياء كما يملكه المسلم) لان الاحياء سبب الملك الا أن عند أبي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فاستويان فيه كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصلنا قال (ومن حجر أرضا ولم يجرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره) لان الدفع الى الاول كان ليجرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فاذا لم تحصل يدفع الى غيره تحصيله لا لقصود ولان التججير ليس بأحياء لملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتججير الاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الحجر حوله أو يعلمونه بحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمعجر

مذهبهما صحيح وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظرا لأنه جملة على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذنا لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلافله سلبه ملك سلب من قتله انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث فبينهم ما فرق لوجود دلالة التملك في لفظ الامام هنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم أن يكون بلفظ التملك انتهى أقول الفرق الذي ذكره ليس بتام لان لام التملك مذكورة في كل من الحديثين الواردين في المقامين فاذا كان كل منهما محمولا على الاذن فجعل وجود لفظ التملك شرطا في اذن الامام في أحد المقامين دون الآخر تحكيم بحكم بسمع ذلك من أئمة الشرع (قوله ومن حجر أرضا ولم يجرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره) والاصل في ذلك أن المشايخ اختلفوا في كون التججير مفيدا للملك فذهب من قال يفيد ملكا موثقة الى ثلاث سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو مختار المصنف أشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وغرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل منى ثلاث سنين وأحياء فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روى عن عمر رضي الله عنه ليس لمعجر حق بعد ثلاث سنين نفي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكر في الكتاب والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة كذا في العناية وأورد عليه بعض الفضلاء وأجاب حيث قال وانت خير بأن المصنف استدلال على ترك ثلاث سنين بهذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع انتهى أقول جوابه ليس بسديد اذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلاث سنين بالحديث بل بالاجماع لما قال المصنف وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمعجر بعد ثلاث سنين حق فان حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المعجر قبل ثلاث سنين اذ هو المقضي اشتراط ترك ثلاث سنين ومدار ما أورد على أن استدلال المصنف بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا بد دفعه الجواب المربور (قوله لان الدفع الى الاول كان ليجرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فاذا لم تحصل يدفعه الى غيره تحصيله لا لقصود) أقول لقائل أن يقول لو تم هذا التعليل لاقتضى أن يأخذها

(قوله وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظرا لأنه جملة على كونه اذنا) أقول لم يحمل عليه بل قال يحتمل أن يكون اذنا لكن الاحتمال كاف في إيراد السؤال (قوله لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلافله سلبه ملك سلب من قتله) أقول فيه بحث فبينهم ما فرق لوجود دلالة التملك في لفظ الامام هنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم أن يكون بلفظ التملك

حق بعد ثلاث سنين نفى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطابق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم (١٣٩) ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة

وقوله (من غير ان يتم المسناة) هو ما ينبت للسيل ليرد الماء وقوله (وفي الأخير) يريد حفر البئر (ورد الخبر) وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بئرا مقدار ذراع فهو متحجر وقوله (لتحقق حاجتهم اليها حقيقة) يعني عند محمد رحمه الله (أودلالة) عند أبي يوسف رحمه الله وقوله (على ما بينا) إشارة الى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ وقوله (لا يجوز أن يقطع الامام) يقال أقطع السلطان رجلا أرضا أي أعطاه إياها وخصه بها وقوله (لما ذكرنا) إشارة الى قوله لتحقيق حاجتهم اليها العطن مناخ الابل ومبركها قوله (قيل الاربعون من كل الجانب) يعني يكون في كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لما شئت فانه بظاهره يجمع الجوانب الاربع والصحيح أنه من كل جانب لان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الاولى كي لا

بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه و زمان يمضي أموره فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقد رنا بثلاث سنين لان مادونهما من الساعات والايام والشهور ولا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضاء ثمانيا فالتظاهر أنه تركها قالوا هذا كاه ديانة قأما اذا أحياءها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها التحق الأحياء منه دون الاول وصار كالاستيلاء فانه يكره ولو فعل بجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غر حولها أغصاناً باسنة أو نقي الأرض وأحرق ما فيها من الشوك أو خضد ما فيها من الحشيش أو الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة لينع الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراعاً أو ذراعين وفي الأخير ورد الخ ولو كرهها وسقاها فعن محمد أنه أحياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيراً ولو حفر أبنهارها لم يسقها يكون تحجيراً وإن سقاها مع حفر الأبنهار كان أحياء لوجود الفلين ولو حوطها أو سنها بحيث يعصم الماء يكون أحياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال (ولا يجوز أحياء ما قرب من العامر ويترك مرغى لأهل القرية ومطر حالصائدهم) لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه فلا يكون موانعاً لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز للامام أن يقطع ما لا غنى بالمسلمين عنه كالخ والبار التي يستقي الناس منها الماء كرها قال (ومن حفر بئرا في بيرة فله حريمها) ومعناه اذا حفر في أرض موات باذن الامام عنده أو بآذنه وبغير آذنه عندهما لان حفر البئر أحياء قال (فان كانت للعطن فخرها أربعون ذراعاً) لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعاً عطنا لما شئت ثم قيل الاربعون من كل الجانب والصحيح أنه من كل جانب

الامام يدفعها الى الغير بعد الأحياء أيضاً اذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيل المنفعة المسلمين من حيث العشر أو الخراج وتخليصها لها عن التعطيل فان قلت يملكها الإنسان بالأحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير أحق بالنصرف فيها من الغير والامام لا يقدر أن يدفع مملوكه أحداً الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير مملوكه اليه لذلك قلت فحينئذ يلزم المصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولان التحجير ليس بأحياء لملكه به فلا يكون التعليل الاول مفيد المدعى بدون الثاني مع أن أسلوب تحجيره بأبي ذلك كما ترى (قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه) قال عامة الشراح في حل هذا التعليل لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أي عند محمد رحمه الله أو دلالة أي عند أبي يوسف رحمه الله وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ذلك أراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ واقتفى أثره صاحب العنابة والشارح العيني أقول لم يصب هؤلاء الثلاثة من الشراح في حلهم مراد المصنف بقوله على ما بيناه على ما ذكرنا والظاهر أن مراد المصنف بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مر بقوله والبعده عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن ما يكون قريبان من القرية لا يقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبان من القرية انتهى اذ يصير قوله على ما بيناه حينئذ ناظر الى مجموع قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة فيحسن وأما على ما ذكره هؤلاء الشراح فيصير قوله المزبور ناظر الى قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولا يخفى ما فيه من الركاكة أما ولا فلانه كان ينبغي ان يقال أن يقدم قوله على ما بيناه على قوله أو دلالة كما لا يشبهه على ذي فطرة سليمة وأما ما بيناه لانه يلزم حينئذ أن بقصر حواله البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة اليها أيضاً وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له

يحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحول اليها ما بئر وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب بيقين

(قوله والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة) أقول وأنت خبير بأن المصنف استدلل على الترتل ثلاث سنين بمذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالإجماع

(150)

ون اعا لباير بين ربه في الله ي مد غره هله له

لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها (وان كانت للناضح فحرم بها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند أبي حنيفة أربعون ذراعا) لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى أن يسير دابته للاستقامة وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقامة منه بيده فقط الحاجة فلا بد من التفاوت وله مارويته من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقات الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به فقيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه

(قوله لان في الاراضي رخوة و يتحول الماء الى ما حفر دونها) أقول كان الظاهر أن يقال فيتحول الماء بالفناء لان سبب تحول الماء الى ما حفر دونها انما هو رخوة الاراضي لا غير اذ لو كانت فيها صلاب لم يتحول الماء الى ما حفر دونها فاقطعنا فلا بد من أداة التفريع ثم أقول لقائل أن يقول ان هذا التعليل تعليل في مقابلة النص لان قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئر افله مما حوله أربعون ذراعا ظاهري كون الاربعين من كل الجوانب الاربعه على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به في الكافي وعامة الشروح وقد تقرر في علم الاصول أن التعليل في مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح انه من كل جانب ويمكن الجواب بان المقصود من الحرمان دفع الضرر عن صاحب البئر والضرر لا يندفع عنه بعشرة أذرع من كل جانب فالاول يمكن الاربعون من كل جانب لزمه الحرج وهو مدفوع بالنص فكان ما آل هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج وقد اكتفي فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدى الى الحرج وبشرطك اليه تقرير صاحب الكافي ههنا حيث قال والصحيح أن المسألة أربعون ذراعا من كل الجانب لأن المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول لكي لا يحفر أحد في حريمه بئرا أخرى فيتحول اليها ماء بئر وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف صلابه ورخاوة فربما يحفر بحرجه أحد بئرا أخرى فيتحول ماء البئر الاول اليه فيتعطل عليه منفعة بئر وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر (قوله وله ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به) يريد بقوله ما روينا قوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حوله أربعون ذراعا وقوله من غير فصل أى من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حوله أربعون ذراعا وقوله أولى عنده أى عند أى حنفية رحمه الله ويريد بالخاص المختلف في قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا كذا في العناية وغيرها أقول هذا الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة منقوض بما اذا كانت البئر عينا فان حريمها خمسمائة ذراع بالاجماع كما سبق في مع آثاره ومن قوله عليه السلام من حفر بئر افله مما حوله أربعون ذراعا لا يفصل ذلك أيضا وان كون العام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يقتضي أن يكون حريمها أربعين ذراعا عنده فليتلأمل في الفرق (قوله ولان القياس بأبي استحقاق الحرمان لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به فقيما اتفق عليه الحديثان تركناه وقيما تعارضاه حفظناه) يعني أن الحديثين اتفقا في الاربعين فتركنا القياس

ذراعا ورد عموم الاول بان معناه من حفر بئر له ظن فله مما حولها أر يعون ذراعا وهو خاص

بالعطن كثرى وأجيب بأن عظمنا ليس صفة لبشر حتى يكون مخصصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين ليكون دفاعا لقتضى القياس فانه يالى استحقاق الحر يم لان عمل الحائر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل في موضع الحفر استحقاقه لئلا تتركناه به

ولانه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيه ما ويمكنه أن يدبر البعير حول البئر فلا يحتاج فيه الى زيادة مسافة قال (وان كانت عينا فخر بها خمسمائة ذراع) لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر عما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضيها رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال (فن أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كي لا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه فان احتقر آخر بئرا في حريم الاول لا بد أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذه بكبسه لان ازالة حنابية حفرة به كافي الكفاية ببقائها في دار غيره فانه يؤخذ برقعها وقيل بضمنه النقضان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقضان وما عطف في الاول فلا ضمان فيه لانه غير متعدان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر لا يبي حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجير او هو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه

في هذا القدر وفيما وراء الاربعين تعارضان العام ينفيه والخاص يثبتهما فتساقطا فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره أقول فيه بحث لان المتعارضين من الداليل انما يتساقطان اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر وأما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والامر فيما نحن فيه كذلك لان العام انما ينفي ما وراء الاربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا وان سلم انه ينفي ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الإشارة والخاص يثبت بطريق العبارة وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته عند التعارض فلزم أن لا يسقط الخاص بل وجب أن يعمل به ويترك القياس لظهور أن ترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتمارضان وقد ذكر القبول في أحدهما والاختلاف في الآخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني أقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما هنا صورة التعارض التي لا تنافي رجحان أحدهما على الآخر لما تم قول المصنف وفيما تعارض فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الاربعين تعارض فتساقطا فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساوى في القوة ولم يوجد احد المخلص وأما في صورة التعارض مع رجحان أحدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كله في أصول الفقه ثم أقول الظاهر في الجواب أن يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارض فيه وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد (قوله ولانه قد يستقي من بئر الناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيه ما ويمكنه أن يدبر البعير حول البئر فلا يحتاج فيه الى زيادة مسافة قال (وان كانت عينا فخر بها خمسمائة ذراع) لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر عما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضيها رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال (فن أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كي لا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه فان احتقر آخر بئرا في حريم الاول لا بد أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذه بكبسه لان ازالة حنابية حفرة به كافي الكفاية ببقائها في دار غيره فانه يؤخذ برقعها وقيل بضمنه النقضان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقضان وما عطف في الاول فلا ضمان فيه لانه غير متعدان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر لا يبي حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجير او هو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه

توسعة على الناس فانها هي المكسرة قال (فن أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كلامه واضح وقوله (أن يطمه) أي يصلحه ويكبسه من باب أعجنى زيد وكرمه في كون لعطف للتفسير فان اصلاحه كبسه قوله (وذكر طريق معرفة النقضان) وهو أن يتقسم الاول قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة تجري الماء تحت الارض تسمى بالفارسية كاري

(قوله إشارة الى ما ذكره في كتاب الطهارة) أقول في باب الماء الذي يجوز به الوضوء وفيه رد على العلامة الكاكي حيث قال في شرح قوله وقد بينا أن الوجه في أن الخمسمائة تغتبر من كل جانب ولكن لم يذكري بيان الذراع انتهى فتأمل

وقوله (بهورد الحديث) يريد به ما روى أن رجلا غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجانب شجرته فشكى صاحب الشجرة الأولى إلى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي عليه الصلاة والسلام من الحرم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه (قوله ومن كان له نهر في أرض غيره) ذكر في شرح الطحاوي لو أن نهرًا لرجل وأرض على شاطئ النهر لا آخر فتنازع في المسئنة فإن كان بين الأرض وبين النهر حائل كالخائط ونحوه فالمسئنة لصاحب الأرض بالإجماع وإن لم يكن بينهما حائل (١٤٣) قال أبو حنيفة رحمه الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الأرض ولصاحب النهر فيهما حق حتى إن

صاحب الأرض إذا أراد رفعها أي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله المسئنة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض أن الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج إلى كربة في كل حين أما الانتهار المسار التي يحتاج إلى كربة في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكره في النهاية وظاهر كلام المصنف يتأنيبه وقوله (فيكون له حريم اعتبارا بالبر) يعني بجامع الاحتياج فإن استحقاق الحرم للحاجة وهي موجودة في النهر كهي في البر والعين فيتعدي الحكم منهما إليه (وله أن القياس باباه على ما ذكرناه) يعني قوله ولأن القياس يأبى استحقاق الحرم إلى آخره وفي البر عرفناه بالآخر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الأصل فلا يصح تعديته وقوله (والحاجة إلى الحرم

وما عطف في الثانية ففقه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وإن حفر الثاني بئرًا وراء حريم الأولى فذهب ماء البئر الأولى فلا شيء عليه لأنه غير متعد في حفرها ولثاني الحرم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأول فيه (والفتاة لها حريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحرم وقبل هو عندهما وعند لا حريم لهما ما لم يظهر الماء على الأرض لأنه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فواره فقدر حريمه بخمسمائة ذراع (والشجرة تغرس في أرض موات أي حريم أي ضاحي لم يكن لغريمه أن يغرس شجرة في حريمها) لأنه يحتاج إلى حريم له يحد فيه غيره ويضع فيه وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب بهورد الحديث قال (وما ترك الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده إليه لم يجز أحياؤه) الحاجة العامة إلى كونه نهرًا (وإن كان لا يجوز أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريمًا عامرًا) لأنه ليس في ملك أحد لأن فهر الماء يدفعه غيره وهو اليوم في يد الإمام قال (ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة إلا أن يقيم بينة على ذلك وقاله مسئنة النهر عني عليا ويلي عليا طينه) قيل هذه المسئلة بناء على أن من حفر نهر في أرض موات باذن الإمام لا يستحق الحرم عنده وعندهما يستحقه لأن النهر لا ينتفع به إلا بالحريم لحاجته إلى المشي لتسبيل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر وإلى القاء الطين ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد لا يخرج فيكون له الحرم اعتبارًا بالبئر وله أن القياس باباه على ما ذكرناه وفي البر عرفناه بالآخر والحاجة إلى الحرم فيه فوقها إليه في النهر لأن الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحرم ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء والاستقاء لا بالحريم فتعذر إلحاق ووجه البناء أن استحقاق الحرم ثبت اليد عليه اعتبارًا بالنهر والقول لصاحب اليد بعدم استحقاقه تنعديم اليد والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما ذكرناه أن شاء الله تعالى وإن كانت مسئلة مبتدأة فلهما أن الحرم في يد صاحب النهر باستمساك الماء به ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه

لا يدخل فيه للرأى أصلاً وانما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به وانفقوا عليه والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكره فيما قبل لا غير قصير الزيادة عليه عملاً بالبر أي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليتأمل في الدفع (قوله وما عطف في الثانية ففقه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره) أقول في التعليل قصور لأنه لا يتمشي فيما إذا حفر الأول بغير إذن الإمام على أصل أبي حنيفة فإنه يجعل الحفر هناك تحجيرًا كما مر أنفاً ويجوز التحجير لا تصير البئر الأولى ولا حريمها ملكاً للبحر فلا يصدق هناك على أصله أن يقال إن الثاني حفر في ملك غيره فلا أولى في التعليل أن يقال لأنه متعد فيه حيث حفر في حق غيره إلا أن الحق يثبت بالتحجير كما ثبت بالأحياء ولهذا لا يقدرا الإمام أن يأخذاهما

فه) أي في البئر جواب عما يقال هب أنه على خلاف القياس فليحقق به بالدلالة ووجهه أن إلحاق بالدلالة (وله أنما يكون إلا على الأدنى أو المساوي والأمر فيما نحن فيه ليس كذلك فإن الحاجة إلى الحرم فيه أي في البر بمعنى القلب فوق الحاجة إليه في النهر لأن الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحرم ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر إلحاق وقوله (ووجه البناء إلى قوله والقول لصاحب اليد) من جهتهما وقوله (ولعدم استحقاقه إلى آخره) من جهة أبي حنيفة رحمه الله (قال المصنف والفتاة له حريم بقدر ما يصلحها) أقول وفي غاية البيان تفصيل حسن في هذا المقام فراجع (قال المصنف لأن الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحرم) أقول لأنه يلحقه بعض الحرم في نقل الطين والمشى في وسطه

وقوله (أما صورة فلاستوائهما) يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض فاما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر لان الظاهر أن ارتفاعه لاقاء طينه وقوله (يقضى للذى في يده ماهو أشبه بالمتنازع فيه) هو الموعود بقوله على ما ذكره وقوله (والقضاء على ما ذكره) (١٤٣)

وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى أما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهدان في يده ماهو أشبه به كاشين تنازعا في مصر أعيا ليس في يدهما والمصراع الآخر ملق على باب أحدهما يقضى للذى في يده ماهو أشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استسالة الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه ان كان مستسكابه ما منه رة فالآخر دفع به الماء عن أرضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لملكه كالحائظ لرجل ولا آخر عليه جذوع لا يمكن من نقضه وان كان ملكه (وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مساة ولا آخر خلف المسناة أرض تتركها وليست المسناة في يد أحدهما فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة وقاله لصاحب النهر حر بما ملق طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد أحدهما معناه ليس لأحدهما عليه غرس ولا طين ملق فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا وغرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر وأما القاء الطين فقد قيل أنه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفسح وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه أبو جعفر أخذ بقوله في الغرس بقوله ما في القاء الطين ثم عن أبي يوسف أن حرمة مقدار نصف النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا أرفق بالناس

يد المحجر ويدفعها الى غيره الا اذا جحر أرضا ولم يمر هاتلث سنين كما مر فيتمشي التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة أيضا على أصل أئمتنا الثلاثة جميعا (قوله وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى أما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة) قال صاحب العناية وقوله لاستوائهما يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض فاما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر لان الظاهر أن ارتفاعه للاقاء طينه انتهى وتبعه العيني أقول ليس هذا بشرح سيد بلان الإشارة الى ما ذكره انما يتصور أن لو كان المراد باستوائهما في قوله صورة لاستوائهما استواءهما في الارتفاع والانخفاض أى الاستواء المكاني ولا يذهب على ذى مسكة أن المراد بذلك انما هو الاستواء في الحقيقة الأرضية كيف لا والاستواء بالمعنى الاول قد يتحقق بين النهر والحرير أيضا كما لا يخفى عليك فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور تبصر (قوله وغرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر) قال بعض الفضلاء فيه بحث اذا لا يظهر كون ما ذكره غرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس انتهى أقول لا وجه لكلامه هذا أصلا فانه لما لم يكن لصاحب النهر حرير عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الأرض وكان لصاحب النهر حرير عندهما ظهر منه أن ولاية الغرس في مقدار ذلك الحرير لصاحب الأرض عنده ولصاحب النهر عندهما اذا لا شك أن ولاية الغرس في موضع ان يستحق ذلك الموضع وهذا انما لاستربة فكيف خفي على مثل ذلك القائل

(قوله يشير إلى أن الخلاف الخ) أقول لا يخفى عليك ما في الإشارة من الخفاء ولأن أن تقول المراد بالاستواء هو الاستواء صورة بأن لا يرتفع

الحرير من الأرض لا الاستواء في الأرضية (قوله هو الموعود بقوله على ما ذكره) أقول فيه بحث بل الموعود بقوله وله أنه أشبه بالأرض (قال المصنف وغرة الاختلاف الخ) أقول فيه بحث اذا لا يظهر كون ما ذكره غرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل في المياه ﴾ لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء والشفة اصلها شفة أسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها هنا الشرب بالشفاء ويجوز نهر نحو ارنم وسبحون نهر التردود جلة نهر

(١٤٤)

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل في المياه ﴾ واذا كان لرجل ثم - رأوبئرا وقناة فليس له أن يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبنى آدم والبهائم اعلم أن المياه أنواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقى الاراضى حتى ان من أراد أن يكرى نهر امته الى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أى وجه شاء والثانى ماء الاودية العظام كيجحون وسبحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقى الاراضى فان احياء واحد أرضا ميتة وكرى منه نهر ليسقيها ان كان لا يضر بالعمامة ولا يكون النهر فى ملك أحد له ذلك لانها مباحة فى الاصل اذ هو ماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعمامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك فى أن يعيل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت صفته فيغرق القرى والاراضى وعلى هذا نص الرضى عليه لان سقى النهر للرحى كشفة للسقى به والثالث اذا دخل الماء فى المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلا والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثانى وهو الشفة ولان البئر ونحوها موضع الاحراز ولا علك المباح بدونه كاتطبي اذا انكسرت فى أرضه ولان فى ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استحباب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه ونظيره - لم يمنع عنه أفضى الى حرج عظيم وان أراد رجل أن يسقى بذلك أرضا احياءا كان لاهل النهر أن يمنعه عنه أضربهم ولم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولا نالوا بجنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز فى الاوانى وانه صار ملكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كفى الصيد المأخوذ الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو مارو يناحتى لو سرقه انسان فى موضع يعز وجوده وهو يساوى نصا بالتم تقطع يده

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل في المياه ﴾ لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا فى الشروح أقول يرد على ظاهره أن يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان الاثنى تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما فى الكتاب والجواب أن احياء الموات لاصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجحة الكتاب به فى العنوان يستحق التقديم لاحالة وانما مقصود الشراح ههنا بيان مجرد وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقيق المناسبة والتعلق بينهما من جهة احتياج أحدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما فليتم المطلوب بما ذكره (قوله الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو مارو يناحتى لو سرقه انسان فى موضع يعز وجوده وهو يساوى نصا بالتم تقطع يده) واعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع فى الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذى خلق لكم فى الارض جميعا يورث الشبهة

وأنت ثلاث فى قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاث لان الفصحى فى الكلام اذا لم يذكر المعدود أن يذكّر على لفظ المؤنث نظر الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه الصلاة والسلام من صام رمضان وأتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق فى الايام لافى البالى ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام أنشأ وقوله عليه الصلاة والسلام شركاء يريد به الاباحة فى الماء الذى لم يحرز ونحو الحياض والعيون والآبار والانهار وأما الكلا وهو ما لاساق له فاما أن ينبت فى أرض شخص أو أنبت فيها بكرى الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا أن أحد الايدخل ملكه الا بانه فان لم يجد فى غير ذلك الموضع فاما أن يخرج له صاحب الارض أو ياذن له بالدخول وان كان الثانى فهو أحق به وليس لاحد أن ينتفع بشئ منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب لاكتسب وأما النار فمكن أو قد نارا

ولو فى أرض فليس لاحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاح وان يعمل بضوئها وأما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم أو حطب قد أحرز الموقد ليس مما ثبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله (الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاث وقوله (حتى لو سرقه انسان لم يقطع) اعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع فى الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذى خلق لكم فى الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق

ولو كان البئر والعين أو الحوض أو النهر في ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إذا كان يحده ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك أحد وإن كان لا يجنب يقال لصاحب النهر ما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر صفته وهذا مروى عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما إذا احتقر في أرض مملوكة له أما إذا احتقرها في أرض موات فليس له أن يمنع من الموت كان مشتركا والحفر لأحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح لأنه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الأناة حيث يقاتله بغير السلاح لأنه قد ملكه وكذا الطعام عند إصابة الخمصة وقيل في البئر ونحوها الأولى أن يقاتله بغير السلاح بعصا لأنه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة إذا كان يأتي على الماء كله بان كان جديولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لأن الابل لا ترد هافي كل وقت فصار كاليدومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي إلى الحرج وهو مدفوع وإن أراد أن يسقي شجرا أو خضرا في داره جلا يجزره له ذلك في الأصح لأن الناس يتوسعون فيه ويمدون المنع من الدناءة وليس له أن يسقي أرضه ويخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئر وقنائه الإبانة نصا وله أن يمنع من ذلك لأن الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لأن في إبقائه قطع شرب صاحبه ولأن المسيل حق صاحب النهر والشفة تعلق بهما حقه فلا يمكنه التيسيل فيه ولا شق الشفة فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به لأنه حقه فتجربى فيه الإباحة كالماء المحرز في أناته

بهذا الطريق وأجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا ولا يلزم بالعمل به إبطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا فإن العمل به على الإطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد غير ما دل عليه الخصومات كذا في العناية أقول في هذا الجواب نظرا لأنه وإن لم يلزم بالعمل بالحديث المسد كور على الإطلاق إبطال دليل شرعي آخر فاتهم - كما هو بان الماء المحرز في الأواني يصير مملوكا بالأحراز وينقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي لمخالفة فلو علمنا بالحديث المسد كور على الإطلاق لزم إبطال ذلك الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الأواني ملك خاص لمن أحرزه لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على أن المراد بالحديث المسد كور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الأواني ملك مخصوص لمحرزه كما قيل في الآية المسد كورة فينبغي أن لا يورث شبهة فيما لو سرق انسان ماء محرزا في الأواني كما لا يورثها الآية المسد كورة فالخلق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فإن قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع السارق نظرا إلى قوله تعالى خلق لكم ما في الأرض جميعا قلت مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الاتحاد كما في قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز لرائد على الأربع فكذلك معنى الآية والله أعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع في يده لا كل الأشياء وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس

عالمه

بالعمل به إبطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا فإن العمل به على الإطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد به غير ما دل عليه الخصومات وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي إلى الحرج وهو مدفوع وإن أراد أن يسقي شجرا أو خضرا في داره جلا يجزره له ذلك في الأصح لأن الناس يتوسعون فيه ويمدون المنع من الدناءة وليس له أن يسقي أرضه ويخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئر وقنائه الإبانة نصا وله أن يمنع من ذلك لأن الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لأن في إبقائه قطع شرب صاحبه ولأن المسيل حق صاحب النهر والشفة تعلق بهما حقه فلا يمكنه التيسيل فيه ولا شق الشفة فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به لأنه حقه فتجربى فيه الإباحة كالماء المحرز في أناته

دخل في المقاسم) أي متى دخل في قسمة رجل بعينه وقوله بواحدة أي

(١٩ - تكلمه ثامن)

بالكلية

فصل في كرى الانهار لما فرغ عن ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى امرًا زائدا على النهر اذا لم يوجد بحدود مؤنة الكرى كالنهر العام أخذ كره وجهه الحصر في الثلاثة ظاهرا لان النهر اما ان يكون عام من كل وجه أو خاصا كذلك (١٤٦) أو عام من وجه خاص من وجهه أما الاول فكالفترات وسبحون

فصل في كرى الانهار قال رضى الله عنه الانهار ثلاثة ممر غير مملوك لا حد ولم يدخل مأؤه في المقاسم بعد كالفترات ونحوه ونهر مملوك دخل مأؤه في القسمة الا أنه عام ونهر مملوك دخل مأؤه في القسمة وهو خاص والفصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه فالاول كره على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للثواب فان لم يكن في بيت المال شيء فالأمام يجبر الناس على كرهه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بأنفسهم وفي مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعثتم أولادكم الا أنه يخرج له من كان يطبقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطبقونه بأنفسهم وأما الثاني فذكره على أهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن أبي منهم يجبر على كرهه دفعا للضرر العام وهو ضرر ببقية الشرع وضرر لأبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانتباذ وفيه ضرر عام كغرق الاراضى وفساد الطرق يجبر الآتى والافلا لانه موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فذكره على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الآتى بكافى الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآتى عما أنفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لخلق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا

فصل في كرى الانهار قال جماعة من الشراح لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى امرًا زائدا على النهر اذا لم يوجد بحدود مؤنة الكرى كالنهر العام أخذ كرهه انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان المصنف لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو في أثناء ذكر مسائله بعد كيف وقد قال فيما قبل فصول في مسائل الشرب وهو الآن شرع في الفصل الثاني من تلك الفصول وأما ثانيا فلان النهر العام أيضا لا يوجد بحدود مؤنة الكرى بل له مؤنة من بيت مال المسلمين كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال فالاول كرهه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم أن النهر العام يوجد بحدود مؤنة الكرى على أهله لأنه يوجد بحدود مؤنة الكرى على أهله قول المصنف فيما بعد وأما الثاني فذكره على أهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان لاننا نقول مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان في الظاهر حيث كان صرفها من يده الا أنه في الحقيقة على أهلها أيضا وهم عامة المسلمين يرشد اليه قول المصنف لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم في تمليل قوله فالاول كرهه على السلطان من بيت مال المسلمين ولئن سلم أن مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدى نفعا أيضا لا يلزم حينئذ أن يوجد النهر بدون مؤنة الكرى مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكرى امرًا زائدا على النهر فلا يتم وجهه التأخير الذي ذكره ههنا ثم أقول ما ذكره ههنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالكلية عما ذكره من قبل عند قول المصنف فصول في مسائل الشرب فصل في المياه فانهم قالوا هناك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المفصول

وحيث وجد جملته وأما الآخران فقد فصل المصنف رحمه الله بينهما باستحقاق الشفة وقد تقدم ذلك فيما قبله (الا أنه يخرج له) أى للكبرى من كان يطبقه أى الذى يقدر على العمل (ويجعل مؤنته) أى مؤنة من يطبقه على المياسير الذين لا يطبقونه بأنفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطبق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء وقوله (ويقابله عوض) يعنى حصته من الشرب فلا يعارض به أى فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعى في اعدامه وان بقي الضرر الخاص وقوله (خيفة الانتباذ) يقال بنق السيل موضع كذا أى خرقه وشقه وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الآتى بكافى الثاني وهو قول أبي بكر الاسكاف رحمه الله وقيل لا يجبر وهو قول أبي بكر بن أبي

سعيد البخارى رحمه الله وقوله (فاستوت الجهتان) يعنى في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجبار في النهر الثاني فان مؤنة أى من أهله يجبر عليه هناك لان احدى الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الآتى دفعا للضرر العام عن غيره وقوله (ولا يجبر لخلق الشفة) جواب عما يقال ان كرى النهر الخاص احياء حق الشفة العامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغى أن يجبر الآتى على الكرى دفعا للضرر عن أهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمه الله وفي ظاهر الرواية لا يجبر الآتى لخلق أهل الشفة كالأول منع جميع

أهل النهر عن كربة فانهم لا يجبرون على الكرى حتى أهل الشفة وقوله (ومؤنة كرى (١٤٧) النهر المشترك) ظاهر وقوله (فلا يلزمه

انقاع غيره) قال في النهاية
الصواب نفع غيره لان
الانقاع في معنى النفع غير
مسموع وقوله (لانهم
لا يحصون) يعني فكافوا
بجهولهم

فصل في دعوى الشرب
والاختلاف والتصرف فيه

لما قرب من فمراغ بيان
مسائل الشرب ختمه بفصل
يشتمل على مسائل شتى من
مسائل الشرب (بجوز
دعوى الشرب بالأرض
استحسانا) قال في المبسوط
ينبغي في القياس أن لا يقبل
منه ذلك لان شرط صحة
الدعوى اعلام المدعى في
الدعوى والشهادة والشرب
مجهول جهالة لا تقبل
الاعلام ووجه الاستحسان
ما ذكره في الكتاب وقوله
(ترك على حاله) معناه لم
يكن له ذلك

فصل في كرى الانهار
* (قال المصنف فلا يلزم
انقاع غيره) أقول الصواب
نفع غيره لان الانقاع في
معنى النفع غير مسموع

فصل في دعوى الشرب
* (قال المصنف لانه قد علك
بدون الارض ارنا) أقول
قد علك بالارث مالا علك
بالبيع كالقصاص والخمر
(قال المصنف واذا كان
النهر لرجل الخ) أقول أى
ماؤذ كرا المحل وأريد الحال
(قال المصنف لانه مستعمل

ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فاذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة
رجسه الله وقالاهي عليهم جميعا من أوله الى آخره بمحض الشرب والارضين لار لصاحب الاعلى
حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسهيل ما فضل من الماء فيه وله أن انقص من الكرى الانقاع بال
وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انقاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل
على سطح غيره كيف وان عكسه دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم أعاد رفع عنه اذا جاوز أرضه كما
ذكرناه وقيل اذا جاوزتوه نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله والاول أصح لانه رأيا في اتخاذ الفوعة
من أعلاه وأسفله فاذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقى أرضه لانه
الكبرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفع الاختصاصه وليس على أهل الشفة من الكرى
شي لانهم لا يحصون ولا ينهم اتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه قال (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه
قد علك بدون الارض ارنا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فصح فيه الدعوى (واذا
كان نهر لرجل يجرى في أرض غيره فاراد صاحب الارض أن لا يجبرى النهر في أرضه ترك على حاله)
لانه مستعمل له باجرامائه فغند الاختلاف يكون القول

هو الماء انتهى فتأمل (قوله وله أن انقص من الكرى الانقاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى
فلا يلزمه انقاع غيره) قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع
كذا وجدت بخط الامام تاج الدين الزرنوجي الى هنا كلامه واقفى أثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا
على ذلك شيئا وقال صاحب الغاية استعمل الانقاع في معنى النفع وهو ضد الضرر ولم يسمع ذلك في قوانين
اللغة وجاء أرجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه أن نفعته بمعنى نفعته ولكن اللغة
لا تصح بالقياس ويجوز أن يكون ذلك سهوا من الكاتب بان يكون في الاصل انقاع غيره من باب
الافتعال انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلامه هو لا الشراح على الترتيب المذكور فقلت
لا يلزم أن تكون الهمزة هنا التعدد لكون النفع متعدبا بدون الهمزة بل يجوز أن تكون للتعريض من
باب أبغته فان باع متعددا ولما قصد وامنه التعريض أدخلوا الهمزة عليه على قصد أن يكون المفعول
معرضا لاصل الفعل فان معنى أبغته عرضته للبيع وجعلته منتسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا
يلزمه أن يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسبا اليه انتهى أقول ليس هذا بشئ انما له أيضا اثبات اللغة
بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحوا به ولو صح ذلك لكان قياس ما في الكتاب على أرجعه بمعنى رجعته
أولى وأحسن من قياسه على أباعه بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب ختمه
بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (قوله وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه
قد علك بدون الارض ارنا وقد تباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فصح فيه دعوى
البيع قال في المبسوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذات لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في
الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب
كذا في العناية وغيرها أقول فيه اشكال لان ما ذكره في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس
في المبسوط اذ لا شك أن الشرط ينتفي بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى
في دعوى الشرب لجهالة جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة دعوى الشرب قطعاً فلا يتصور صحة دعواه
بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون الارض ارنا وباقيها بعد بيع الارض ومرغوباً فيه والا يلزم
أن يتحقق المشروط بدون أن يتحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان

له باجرامائه (أقول الضمير في قوله عائدا الى النهر مراد به المعنى الحقيقي على طريقة الاستخدام

قوله (فان لم يكن في يده) يعني بان لم يكن (١٤٨) مستعملا باجرائه ماء فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر فعليه أي فعلى المدعى

قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له وأنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيم اية قضى له لاثباته بالحجة ملكا له أو حقه مستحقا فيه وعلى هذا المصعب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيما نظره في الشرب (واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضهم) لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيتمتع به بقدره بخلاف الطريق لأن المقصود الطريق وهو في الدار الواسعة والضيقة على غلط واحد فان كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقيين ولكنه يشرب بخصته فان راضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بخصته أو اصطلموا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق له

في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط على أن ما ذكر في الكتاب لو كان محصا لدعوى الشرب مع جهاته لمكان محصا لدعوى غيره أيضا من الأعيان المجعولة مع كونها باطلة قطعاً نعم يصلح ما ذكر في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه آخر للقياس مذكوراً يضاف في المبسوط ومنقول عنه أيضاً في النهاية ومعراج الدراية وهو أن المدعى يطلب من القاضي أن يقضى له بالملك فيما يدعيه إذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التملك بغير أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالتجرف في حق المسلمين فان ما ذكر في الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جواباً عنه على وجه الاستحسان تأمل تفهيم ثم أقول الوجه الاول من ذلك الوجهين للقياس في مسئلتنا هذه وان كان مذكوراً في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الإصالة في البعض الآخر أنه من منظور فيه عندي لانهم ان أرادوا بقولهم في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام أن الشرب مطلقاً مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهو ممنوع فانه إذا ادعى شرب يوم في الشهر مثلاً يصير الشرب هناك معلوماً نص عليه في الاصل فانه قال في باب الشهادات في الشرب من الاصل واذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحساناً لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير أرض والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة اذا كان الشرب معلوماً والشرب معلوم لانهم شهدوا به شرب يوم من ثلاثين يوماً وهو معلوم الى هنا لفظ الاصل وان أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولاً فهو مسلم ولكن لا يجدي شأناً فيما نحن فيه اذ لا شك أن المراد بصحة دعوى الشرب بغير أرض استحساناً في مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب المعالم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح أصلاً نص عليه في الاصل أيضاً فانه قال فيه وان شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عدداً الايام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا بدري أن له شرب يوم من الشهر أو من السنة أو من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع من قبول الشهادة لانه لا يمكن القضاء بها انتهى (قوله فان لم يكن في يده) قال في العناية والنهاية يعني بأن لم يكن مستعملاً باجرائه ماء فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر انتهى أقول في المعنى الاول خلل اذ لا يخفى على الفطن أنه على تقدير أن يكون مراد المصنف بقوله فان لم يكن في يده هو المعنى الاول أي بأن لم يكن مستعملاً باجرائه ماء فيه يلزم أن يلغو قوله ولم يكن جارياً اذ يكون عدم الجريان حينئذ مندرجاً في مضمون قوله فان لم يكن في يده فيكون قوله ولم يكن جارياً مستنداً كالحضاضة وهو المعنى الثاني وهو ان لم تكن أشجاره في طرفي النهر فان كون أشجاره في طرفي النهر علامة أن يكون هذا النهر له وجران ماء فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر فيكون قوله فان لم يكن في يده إشارة الى انتفاء العلامة الاولى وقوله ولم يكن جارياً إشارة الى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع كلامه فان لم يوجد شيئاً من علامتين فعلى المدعى البينة أن هذا النهر له وأنه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السباق والحق كما ترى لا يقال يجوز أن يكون مراد

البينة أن هذا النهر له ان كان يدعى رقة النهر وأنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيمها ان كان يدعى الاجراء في هذا النهر فاذا أقامها يقضى له لاثباته بالحجة ملكا له يعني في الاول أو حقه مستحقا فيه يعني في الثاني فان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله (حكم الاختلاف فيها) أي اختلاف المدعين في الامور المسد كورة (نظيره) أي نظير الاختلاف في الشرب وقوله (لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتمتع به بقدره) معارض لانهم قالوا قد استخروا في اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق وأجيب بأن اثبات اليد على الماء انما هو بالانتفاع بالماء وانتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في اثبات اليد وقوله (لم يكن له ذلك) أي لم يكن لصاحب الأعلى (السكر لما فيه) أي في السكر من إبطال حق الباقيين ولكن يشرب بخصته يعني من غير سكر

(قوله لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة الخ) أقول أي لا يكون له انتفاع مثل انتفاع من له الخ

وقوله (الأنه اذا تمكن من ذلك) يعني اذا اصطالحوا على السكر ليس ان يسكر أن يسكر عما ينكس به النهر كالطين ونحوه اذا أمكنه أن يسكر بلوح أو باب خشب لكونه اضرار ابرهم فيمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم يكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء يبدأ أهل الاسفل حتى يروا ثم بعد ذلك لأهل الاعلى أن يسكر والآن في السكر احداث شئ في وسط النهر مشترك فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشرب كما هو حق أهل الاسفل ثابت ما لم يروا فساكن لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه أهل اسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يروا والآن لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك ومن لم يملك طاعته فهو أميرك وقوله (والدالية والسانية نظير الرحي) (١٤٩) الدالية جذع طويل مركب

تركيب مداد الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقي بها والسانية البعير يستقي من البئر والخسراسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذ من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والآخر موضوعا لا يرفع وكل ذلك يحدثه من يتخذ في ملك مشترك فلا يملك الارضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم وقوله (وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) (القسمة بالكوى) ثقب البيت والجمع كواه بالمد وكوى مقصور ويستعار لمفتاح الماء الى المزارع والجدول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له أن يوسع الكوة وقوله (وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه) أي من فم النهر وهذا تقدير اتفاقي والعبارة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت

الأنه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر عما ينكس به النهر من غير تراص لكونه اضرار ابرهم وليس لاحدهم أن يكرى منه نهرا أو ينصب عليه رحي ماء الارضا أصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا أن يكون رحي لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعه في أرض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما يبناه من كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحي ولا يتخذ عليه جسر ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهرا خاص يأخذ من نهرا خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فأراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعه ورفعوا ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ويبيع من أن يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سرعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والارتفاع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه اظهروا الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهرا خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وان كان لا يضر بأهل النهر لان الشراكة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فساكن له أن يزيد في الكوى بالطريق الاولى (وليس لاحد الشركاء في النهرا أن يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب) لانه اذا تقدم العهد يستدل به على أنه حقه (وكذا اذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى) لانه يستوفى زيادة على حقه اذا الارض الاولى تشب بعض الماء قبل أن تنسقي الارض الاخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنه غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق ولو أراد الاعلى من الشرب يكن في النهرا الخاص وفيه كوى بينهما ما يسد بعضهما فغالض الماء عن أرضه كي لا تنزل في ذلك للمافيه من الضرر بالآخر

صاحب العناية والنهاية تفسير مجموع قول المصنف فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا على أن يكون قولهما بأن لم يكن مستعملا بجرأه مائه فيه ناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وأن يكون قولهما أول تمكن أشجاره في طرفي النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن في يده على طريقة الآف والتشرا غير المرتب لانا نقول مع

الالواح التي فيها الكوة في فم النهر فأراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله يسفل كواه أي يجعلها أعنى مما كانت وهي في ذلك الموضع أو يرفعها الى وجه الارض وقوله (وهو نظير طريق مشترك) يعني من حيث انه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب ويزيد من المارة من ليس له حق في المرور وقد سبق قوله (ساكنه غير ساكن هذه الدار) لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا الى دار أخرى

(قال المصنف وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) أقول بكسر الكاف قال الزيلعي أي ليس له توسيع فم النهر لانه يحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في كونه أكثر مما كان يدخل قبله انتهى وقال الاكل وغيره معناه ليس له أن يوسع الكوة لكن لا يخفى أن ما ذكره الزيلعي أوجه وأولى

وقوله (وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهم) بأن يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولا نصه فاذا كان في حصتي سددت ما بدلي منها وانت في حصتي فكنتها كلها فليس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهم ما بال كوى لان الانتفاع بالماء في القسمة الاولى مستدام وفي الثانية في بعض المددور بما يضر ذلك لصاحب السفلى وقوله (لانه عارة) لان كل واحد منهم ما معه صاحبه نصيبه من الشرب من الشهر انتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته به باطل واذا كانت عارية فلا مبيع وان يرجع متى شاء وقوله (والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه) بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في املاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لانه لا يستلزم عدم جواز ذلك الا ترى أن القصاص والدين والخمر ملك بالارث وان لم يملك بالبيع ونحوه والوصية اخذ الميراث وقوله (بعينه) احتراز عن الايصاء ببيع الشرب كما سذكركه والحاصل أن الشرب بغير الارض لا يملك بشيء من العقود فاذا مسماه في الشكاح صح الشكاح ووجب مهر المثل واذا مسماه في الخلع صح الخلع وعليه رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعي على دعواه اذالم يكن عن قصاص (١٥٠) فان كان فعلى القاتل الدية وأرض الجراحة وقوله (والاصح)

وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهم ما لان القسمة بالكوى تفقدت الآن بتراضيه لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل أن ينقض ذلك وكذا الورثة من بعده لانه عارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو للغرر أو لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في الشكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق انتفاش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يبيع الشرب في دين صاحبه بغير موته بدون أرض كافي حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح أن يضمه الى أرض لا شرب لهما فيبيعهما باذن صاحبهما ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركه الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعها ما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض ويصرف الفائض الى قضاء الدين (واذا سقى الرجل أرضه أو مخزها ماء) أي ملاها (فسال من مائه في أرض رجل فغسرها أو زرت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لانه غير متعدي فيه

كون الف والشر غير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل الالغاز في الكلام لا يستقيم حينئذ كلمة أو في قولهما أول من سكن أشجاره في طرفي النهر فانهما لا احسد الامرين فيلزم أن يكون معنى كلام المصنف فان انتفت احدى العلامتين فعليه البينة وليس بصحيح فانه اذا انتفت احدهما وجدت آخرهما لا يجب عليه البينة ولهذا قال المصنف ولم يكن جاريا بكلمة الواو اشارة الى انتفاءهما معا (قوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو للغرر أو لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومفرداً في رواية

رجحه الله ما ذكره في الكتاب وقوله (أو مخزها) قال في الصحاح مخزت الأرض أي أرسلت الماء فيها وقوله (لانه غير متعدي فيه) يوضح الى أنه اذا كان متعدياً ضمن وعدم التعدي انما يكون اذا سقى أرضه سقياً يسقى مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقبل ان كان جاره تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبراً بالخالط المائل والله تعالى أعلم

(قال المصنف حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) أقول ذكر المصنف في باب البيوع الفاسد من بيعوع هذا الكتاب أن الشرب يجوز بيعه مفرداً في رواية وهو اختيار مشايخنا بل لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالانتلاف وله حظ من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى قيل قوله حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ولهذا يضمن بالانتلاف مناقضة ظاهرة انتهى لا يقال المراد بالانتلاف الشرب اتلافه بالكلية وسقى الأرض من شرب غيره لا يستلزم لانهم صرحوا بخلافه فلما راجع شرح الكثر هنالك وفي الكفاية هذا على رواية الاصل واختيار فخر الاسلام أنه ضمن انتهى كلام صاحب الكفاية ثم أقول فعلى هذا الامتناع فيه أصلاً لا بناء الكلامين على الروايتين فاندفع اعتراض صاحب القيل (قوله لو انتفعوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب) أقول فلعلهم جوزوا بيعه في صورة موت صاحبه مدوناً استخداً لنا على خلاف القياس

اشارة الى وجود الاختلاف فان العلماء رجحوا الله اختلافه في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب انهم من قال السيل في ذلك أن يقال للمؤمنين ان العلماء لو انتفعوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من أقرب ما يكون من هذا الشرب ويتطربكم يشترى مع الشرب ويكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضاً ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضى دينه بذلك واختار المصنف

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم ماشعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب (١٥١) لمناسبة لاحياء الموات ومن محاسنه بيان

﴿ كتاب الاشربة ﴾

وهو اختيار مشايخ نيل لانه حفظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى فتوهم بعضهم ان قوله ههنا حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ههنا ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة أقول ليس ذلك بشئ لان بناء كلاميه في المقامين على الروايتين فما ذكره ههنا على رواية الاصل وهو مختار شيخ الاسلام خواهر زاده وما ذكره ههنا على ما قاله الامام فخر الاسلام البزدوى وقد افصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له نوبة ماء في يوم معين من الاسبوع فجاء رجل فسقى أرضه في نوبته ذكر الامام على البزدوى أن غاصب الماء يكون ضامنا وذكر في الاصل أنه لا يكون ضامنا ثم قال وفي فتاوى الصغرى رجل أتلف شرب رجل بأن يسقى أرضه بشرب غيره قال الامام البزدوى ضمن وقال الامام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى انتهى وأفصح عنه صاحب الكافي أيضا ههنا حيث قال حتى لو أتلف شرب انسان بأن يسقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وان اختار فخر الاسلام أنه يضمن انتهى

﴿ كتاب الاشربة ﴾

قال جهور الشراح ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم ماشعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقصد بعض الفضلاء حل مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقال العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعله الارض فان كلامهم ما يخرج منه اما بالواسطة أو بدونها انتهى أقول جل مرادهم بالعرق المعنوي ههنا على الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشربة منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله الفطرة السليمة والصواب أن مرادهم بالعرق المعنوي ههنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلامهم ما مشتق من ذلك المصدر ولا يدفى الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا أيضا كذلك وهذا معنى كونهم ماشعبتا عرق واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهم ما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصل والحروف الاصول انتهى ثم ان من محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها اذلاشبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السابقة مع احتياجهم ايضا الى العقل أجيب بأن السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا ننفع في المخطور بأن يدعوا شرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرم علينا ابتداء والداعي المذكور موجود أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذذاك واما التدريج الضاري اشلا ينفر من الاسلام كذا في العناية أقول في كل من وجهي الجواب الثاني نظر أما في وجهه الاول فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن في ابتداء الاسلام الا أن نفس خيرية هذه الامة كانت في الابتداء والانهاء كما لا يخفى على أحد وهي كائنة في الكرامة فلا يتم التقریب وأما في وجهه الثاني فلان نفرة الضاري بالخمر رأى المعتاد من الاسلام بتحريم الخمر يوجد بخبرها في أى وقت كان فانهم اذا لم تحرم في ابتداء الاسلام كان الضاري بها على حاله في ابتداء الاسلام أيضا فاذا حرم بعد ذلك لزم أن ينفر عنه على مقتضى معصية ترك المعتاد وأيضا احتمال كون الاعتياد بخيريت باعنا على التنفر عن الاسلام عند انتهى عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهى عنها في ابتداء الاسلام مع أنه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظه ورشرف الاسلام فههنا أيضا ينبغي أن يكون كذلك

﴿ كتاب الاشربة ﴾

(قوله ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم ماشعبتا عرق واحد لفظا ومعنى) أقول العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعله الارض فان كلامهم ما يخرج منه اما بالواسطة أو بدونها (قوله ومن محاسنه بيان حرمتها الى قوله الى ذلك) أقول الضمير في حرمتها راجع الى الاشربة وضمير ياله الى ما في قوله ما يزيل وأشار بقوله ذلك الى العقل والمعنى ما بال الشئ الذي يزيل العقل حل للامم السابقة مع احتياج الامم

السابقة الى العقل (قوله فان قيل هلا حرم ابتداء) أقول يعني هلا حرم لنا ابتداء (قوله أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذذاك) أقول الشهادة وان تأخرت وجود الكنها عامة لا اول هذه الامة وآخرها

(وسمى هذا الكتاب بها) أى بالاشربة (وهى جمع شراب) اسم لما هو حرام منه عند أهل الشرع لمافيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخ) الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهى عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور فى الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلى) أما الخمر فالكلام فيها فى عشرة مواضع أحدها فى بيان ما ثبتها وهى التى من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرم والخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر

قال (المصنف سمي بها وهى جمع شراب لمافيه من بيان حكمها) أقول أى بيان حكم أنواعها ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعنى انما عنون بها لان فيه بيان أحكام أنواعها كما فى البيوع أو لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه يبحث عن أفعال المكلفين فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة هنا وصف للاعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل فى كتب الأصول خصوصا التلويح فى أوائل القسم الثانى (قال المصنف وهو الذى من ماء العنب) أقول ذكر الضمير الراجع الى الخمر باعتبار الخبر أولان الخمر قد يذ كر صرح به فى القاموس

سمى بها وهى جمع شراب لمافيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهى عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور فى الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلى) أما الخمر فالكلام فيها فى عشرة مواضع أحدها فى بيان ما ثبتها وهى التى من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرم والخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر

فالوجه الوجه فى الجواب عن السؤال الثانى ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل هلا حرمت الخمر فى ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا أباحه الله تعالى فى ابتداء الاسلام ليعاين الفساد فى الخمر حتى اذا حرم عليهم عرفوا منة الحق لديهم وليس الخمر كالمعاشية انتهى (قوله سمي بها وهى جمع شراب لمافيه من بيان حكمها) يعنى سمي هذا الكتاب بالاشربة أى أضيف اليها والحال أن الاشربة جمع شراب وهو اسم فى اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما أو حلالا وفى استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لمافيه أى فى هذا الكتاب من بيان حكمها أى حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لمافيه من بيان حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لمافيه من بيان حكم البيوع هذا زيادة ما ذكره هنا فى جملة الشروح والكافى مع نوع زيادة فى حل الالفاظ قال بعض الفضلاء فى تفسير قوله من بيان حكمها أى بيان حكم أنواعها وقال ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعنى انما عنون بها لان فيه بيان أحكام أنواعها كما فى البيوع أو لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه يبحث عن أفعال المكلفين فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة هنا وصف للاعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل فى كتب الأصول خصوصا التلويح فى أوائل القسم الثانى أن اضافة الحل والحرمة الى الاعيان كحرمة الميتة والخمر والامهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب اطلاق اسم المحلل على المحال وهو مبنى على حذف المضاف أى حرم كل الميتة وشرب الخمر ونكاح الامهات للدلالة العقل على الحذف والمقصود الاظهر على تعيين المحذوف وأما عند بعضهم وان كانت اضافة الحل والحرمة الى الاعيان حقيقة لوجهين مفصلين فى محله الآن كون اضافتهما الى الأفعال حقيقة مما لم يسكره أحدهما بل من يقول بكون اضافتهما الى الاعيان حقيقة انما يقبس اضافتهما الى الاعيان على اضافتهما الى الأفعال فى كونها حقيقة ويستمد بذلك فى توجيهه مذهبه فلا مجال للقول بأن الحرمة وصف للاعيان حقيقة لا للأفعال على كلا المذهبين وان أراد أن الحرمة هنا وصف للاعيان مجازا لا للأفعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالاعيان لان كون الحرمة وصفا للاعيان مجازا لا يقتضى أن يعنون الكتاب بالاعيان بل رعاية جانب الحقيقة فى العنوان أولى وأحسن بل لا ريب فكان الذى ينبغى أن يعنون بالفعل بأن يقال كتاب شرب الاشربة حتى يراعى كون الفقه باحنا عن أفعال المكلفين بلا كلفة أن يقال ويعلم منه حال الأفعال وبالجمله توجيهه المذكور ليس بنام على كل حال (قوله أحدها فى بيان ما ثبتها) وقع فى بعض النسخ ما ثبتها بدل ما هيتهما قال فى غاية البيان المائبة بمعنى الماهية وهى ما به الشئ هو هو كماهية الانسان وهى حيوان ناطق انتهى قلت وفى نسخة

إذا صار مسكرا غير لفظ
الخرم كالمثلث والطلاء
والباذق والمنصف وقوله
(ولان حرمة الخمر
قطعية) يعني أن حرمة
الخمر ثابتة بالإجماع
فتكون قطعية وما هو
قطعي لا يثبت الا بقطعي
وكون التي من ماء العنب
خرا قطعي بلا خلاف
فيثبت به بخلاف غيره فان
فيه اختلاف بين العلماء
رحمهم الله وأدنى درجات
الاختلاف إرث الشبهة
فتكون الحرمة قطعية
وما يدل عليها ظني

(قال المصنف ولان حرمة
الخمر قطعية وهي في غيره
ظنية) أقول هذا التعليل
ينبغي أن يكون لأبي حنيفة
والأفنديهما إذا اشد
ولم يقدف بالزبد هو خمر
مع أنها ظنية لثبوت
الاختلاف المورث للشبهة
فينتقض تعليلها لوعلاؤه
به فليتأمل (قوله وأدنى
درجات الاختلاف إرث
الشبهة فتكون الحرمة
قطعية) أقول لا يقول
الخصم بقطعية حرمة
غير التي من ماء العنب
لا يكفرون مستحله فلا
يتوجه عليهم الإلزام وهذا
كلها فان حرمة قطعية
وحرمة بيع الخمر بالخمر
متفاضلا مثلاً ليست

ولنا أنه اسم خاص باطباق أهل اللغة فماد كراهه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره ولان حرمة الخمر
قطعية وهي في غيرها ظنية

ما يثبتها هنا إيهام لطيف لما في قوله وهي التي من ماء العنب تبصر تنقف (قوله ولنا أنه اسم خاص
باطباق أهل اللغة فماد كراهه) أقول لما منع أن يمنع اطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للتي من ماء
العنب إذا صار مسكرا ألا يرى أنه قال في قاموس اللغة الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام وقال والعموم
أصبح لانها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم إلا البسمر والتمر انتهى وهذا صريح في أن
الخمر عند بعض أهل اللغة يعم ماء العنب وغيره وأن العموم أصبح عند صاحب القاموس (قوله ولان
حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية) قال صاحب غاية البيان بيانه أن التي من ماء العنب
خمر قطعي وبقينا لثبوت ذلك بالإجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية فأما سائر الأشربة ففي تسميتها خرا
شبهة لان فيها خلافا بين أهل العلم وأدنى درجات الاختلاف إرث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة
قطعا على ما فيه شبهة لان بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى أقول في هذا البيان خلل فانه جعل
فيه مدار كون الحرمة في غير التي من ماء العنب ظنية باختلاف العلماء في تسمية ذلك خرا وليس
بسد يد إذا المصنف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف وإثبات أن غير التي من ماء العنب لا
يسمى خرا فلو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسميته خرا لزم المصادرة على المطلوب فكانه
قال الخمر هي التي من ماء العنب إذا صار مسكرا وغيره ليس بخمر كما زعم بعض الناس لان حرمة الخمر
قطعية وحرمة غير التي من ماء العنب ظنية لانا خالفنا في كون غير ذلك خرا وقلنا ان اسم الخمر مخصوص
بالي من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك فأورث خلافا في ذلك شبهة في كونه خرا فلم تكن حرمة قطعية
وفي هذا مصادرة كما ترى وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع
فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون التي من ماء العنب خرا قطعي بلا خلاف فيثبت به
بخلاف غيره فان فيه اختلاف بين العلماء وأدنى درجات الاختلاف إرث الشبهة فتكون الحرمة قطعية
وما يدل عليها ظني انتهى أقول وفيه أيضا خلل أما أولا فلما مر أنهما استلزما المصادرة على المطلوب
فان الظاهر من قوله فان فيه اختلاف بين العلماء في مقابلة قوله وكون التي من ماء العنب خرا قطعي بلا
خلاف أن يكون مراده باختلاف العلماء في غير التي من ماء العنب اختلافهم في كونه خرا فيؤول إلى
ما ذكر في غاية البيان وأما ثانيا فلان قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني كلام غير صحيح
لارتباط ما قبله لأن مدلول ما قبله أن غير التي من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه
فاللزام منه أن تكون حرمة ظنية فان أراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير التي من ماء
العنب قطعية لم يكن التفرع صحيحا فطعا وان أراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها
ظني إذا لا شك أن دليل حرمة الخمر قطعي كما أفصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني أن حرمة الخمر ثابتة
بالإجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي فالحق في شرح كلام المصنف ههنا ما ذكره تاج
النسريعة وصاحب الكفاية حيث قال لا يعني فلا يصح أن يصرف تحريمها إلا إلى عين ثبتت الحرمة في
تلك العين قطعا وغير التي من ماء العنب المثابة لكان الاجتهاد فيه انتهى فانهم لم يريدوا بالاجتهاد فيه الاجتهاد
في تسميته خرا حتى يلزم المصادرة على المطلوب بل أراد به الاجتهاد في عدم حرمة كما أشار إليه المصنف
فيما بعد حيث قال في العصور إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه بعد بيان أنه حرام عندنا وقال الأوزاعي
أنه مباح وقال في نقيع التمر بعد بيان أنه حرام وقال شريك بن عبد الله أنه مباح وقال في نقيع الزبيب
بعد بيان أنه حرام إذا اشتد وغلي ويتأق فيه خلاف الأوزاعي ثم أن بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل
المذكور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير التي من ماء العنب لا يكفرون مستحله

وقوله (وانما سمي) يعني غير النية (خمر التخمرة) أي لصيرورته مرا كالخمر لا تخميره جواب عن قولهم سمي خمر الخمارة العقل ولئن سلمنا أنه مشتق منها لكن (١٥٤) لا ينافي اختصاصه بالني من ماء العنب والجواز أن يكون المشتق مخصوصا

فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا وكالفارورة مشتق من القرار ولا يستعمل في الكوز وان وجد فيه القرار وأنظاره كثيرة وقوله (والحديث الاول) يريد به كل مسكر خمر روى عن يحيى بن معين رحمه الله أنه قال الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها قوله عليه الصلاة والسلام لا تكاح الابوي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى ابن معين اماما حافظا متقنا حتى قال أجد ابن حنبل رحمه الله كل حديث

(قوله وانما سمي يعني غير التي خمر التخمرة الخ) أقول فيه بحث فانه حينئذ لا يرتبط الجواب للجواب عنه لأن تقرير كلامهم فيه كلما كانت الخمر مشتقة من الخمارة فكل ما يوجد فيه معنى الخمارة فهو خمر لكن المقدم حق والتالي منه فليتأمل (قال المصنف وانما سمي خمر التخمرة) أقول ولك أن تقول هذا منع لا يضر (قال المصنف فان النجم مشتق من

وانما سمي خمر التخمرة لا تخميره العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لاسيما ما ظهر وهذا كثير التنظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله

فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالم با فان حرمة قطعة وحرمة بيع الحفن بالحفن متفاضلا مثلا ليست بقطعية انتهى أقول ليس هذا بشئ لأن عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير التي من ماء العنب لا ينافي توجه الالزام عليهم بل بذلك يتوجه الالزام عليهم لأن حرمة الخمر قطعية بلا ريب لماسيما في الكتاب أن الله سبحانه وتعالى سمي الخمر في كتابه الكريم رجسا والرجس ما هو محرم الدين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد إجماع الأمة وما ثبت بهذه الأدلة القطعية قطعي جزما فاذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير التي من ماء العنب نهين أن لا يكون غير التي خمر اذا لاشك أن قطعة الحرمة وعدم قطعيتها لا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الالزام في قولهم ان كل مسكر خمر وتنظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالم بالني آخره لا يجدى شيئا لأن علة الرباعندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس وعند الشافعي الطم في المطعومات والتمنية في الاثمان ففي بيع الحفنة بالحفنة متفاضلا لا يوجد الرباعندنا لعدم وجود علة فلا يحرم ذلك البيع وأما عند الشافعي فيوجد فيه الربا لوجود علة فيحرم فكون حرمة الراقطعية بصيرجة على الشافعي هناك أيضا مثل ما قلنا هنا فلا فائدة في التنظير أصلا (قوله وانما سمي خمر التخمرة لا تخميره العقل) قال بعض الفضلاء ولك أن تقول هذا منع لا يضر انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم أولا أن هذا منع بل يجوز أن يكون معارضة يعني انما سمي خمر التخمرة أي لشدة وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير التي من ماء العنب فلم يكن غيره خمر ويشير اليه تفسير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قال أي لشدة وقوته فان لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت أم الخبائث انتهى ولئن سلم أن ذلك منع لمعارضة فلا وجه لقوله لا يضر فان المقصود بهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولانه مشتق من خمارة العقل وهو موجود في كل مسكر فانه اذا منع قوله لانه مشتق من خمارة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليل الخصم علينا وهو عين الضرر له ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المصنف هذا وقوله وانما سمي يعني غير التي من ماء العنب خمر التخمرة أي لصيرورته مرا كالخمر لا تخميره جواب عن قولهم سمي خمر الخمارة العقل انتهى أقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح أصلا اذ حينئذ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المصنف فيما بعد على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه ولعمري ان هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا أن نحمل كلمة غير في قوله يعني غير التي على السهو من فلم التامخ الاول لولا قوله كالخمر في قوله أي لصيرورته مرا كالخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي أن يكون المشبه غير الخمر وهو غير التي من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام أن يقال يعني انما سمي التي من ماء العنب خمر التخمرة أي لغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمر الخمارة العقل أي ليست التسمية لخمارة العقل أي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير التي من ماء العنب أيضا فيكون خمر الخمارة ينظم الارتباط بالسباق والحق كالم لا يخفى وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المصنف لخمرة أي لصيرورته خمر أقول هذا تفسير خال عن التحصيل مؤدلى تعليل الشيء بنفسه كما يشهد به التأمل الصادق (قوله فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف

والثاني أريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خراولا يستترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد

لا يكل ما ظهر قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثر يا انتهى وتبعه العيني أقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا لجنس الكوكب موضوعا له لظهوره ثم صار علما للثر يا بلا وضع واضع معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من أفراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما تقر في موضعه والظاهر ان مراد المصنف بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف انه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لانه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكوكب وهو الثر يا لان معنى الظهور انما هو الحظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعا لجنس الكوكب لاني مرتبة كونه علما للشخص معين من ذلك الجنس وهو الثر يا فان كونه علما انما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا بالملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة اعلام اتفاقية وهذا كله مما لا سترة به عند من له درية بالعلوم الادبية وكان صاحب العناية انما اغتر بلفظ المعروف في قول المصنف اسم خاص للنجم المعروف الا ان مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور ومطلقا وهو جنس الكوكب تأمل ترشد (قوله والثاني أريد به بيان الحكم) قال في غاية البيان والعناية يعني اذا أسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحمد انتهى أقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم في قوله والثاني أريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحمد عند اسكار كثيره وليس تمام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه الصلاة والسلام الاغمة من قر يش على ما تقر في موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في ذينك الشرحين لزم أن لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشير بهما الى الكرمه والنخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحمد عند اسكار الكثير يتحقق في غير تينك الشجرتين ايضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الخنطة والذرة والشعير وان كان حذرا لا عند أبي حنيفة وأبي يوسف اذا لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غير له وطرب الا أنه اذا أسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحمد على القول الاصح كما سيجي في الكتاب والحق أن المراد بالحكم الذي أريد بيانه بالحديث الثاني هو حرمة قلبه وكثيره وهذا المعنى لا يتحقق في المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار وعبارة صاحب الكافي في تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير مع الا أنهما باجبالا لتناقضها بل تساعداهما حيث قال والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة واقتنى أثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية (قوله لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد) أقول فيه نظر لان قوله لان الاسم يثبت به مصادرة على المطلوب لان مدعا هما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه أبو حنيفة رحمه الله بل يقول باشتراط القذف بالزبد فتعالميل مدعا هما ثبوت هذا الاسم بالاشتداد لتعليل الشيء بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة وهذا ينافي ما صرح به فيما بعد من أن عينها حرام غير معلول بالسكرو لا موقوف عليه وقد شرح السارح الكاكي قول المصنف هذا بما هو أظهر في المناقاة حيث قال وكذا المعنى المحرم وهو الاسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد أي الاسكار مؤثر في ايقاع العداوة والصدع ذكر الله تعالى انتهى اذ لا يخفى أن هذا انما يلائم قول من قال انها

لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله (والثاني) يريد به الخمر من هاتين الشجرتين (أريد به بيان الحكم) يعني اذا أسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق

(قال المصنف وعندهما اذا اشتد) أقول يعني ثبت الاسم به اذا اشتد والمراد الاسم الشرعي (قال المصنف لان الاسم يثبت به) أقول أي بالاشتداد لكن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يمنع هذه المقدمة ان كان المراد الاسم الشرعي وكيف لا وفيه المصادرة وان كان اللغوي يمنع الاستلزام أي استلزام ثبوت اللغوي ثبوت الشرعي

وقوله (وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً) يعني وفي الحد يؤخذ بقذف الزبد احتياطاً أيضاً وقوله (وهذا) أي إنكار حرمة عينها (كفر) من المنكروا أن كان قليلاً لحرمه السكر منه (لأنه بجود الكتاب) يعني قوله تعالى يأيتها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر إلى قوله تعالى فهمل أنتم منتهون وقصد كرادلته على ذلك في الاشراف شرح مشارق الأنوار على أحسن ما يكون فليطلب منه ثمة وقوله (وقد جاءت السنة متواترة) معناه جاء (١٥٦) عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر وكل واحد منها

ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة على رضى الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله (وهذا من خواص الخمر) يعني دعاء القليل الى الكثير قال في الميسر ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء ولا يزيد على اللذة في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها وقوله (لانه خلاف السنة المشهورة) يعني ما روى ابن عباس رضى الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمتها بعينها لا يصح التعليل بمعنى الخمرة لتعديده اسمها الى غيرها

ولابى حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة وكما لها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتقاط بالنهاية كالحد وكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من أنكروا حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه بجود الكتاب فانه تعالى سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي رحمه الله يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليله لتعديده الاسم والتعليل في الاحكام لافى الاسماء

معلولة بالسكر كاذ كره المصنف فيما يعديه قوله ومن الناس من أنكروا حرمة عينها وقال السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتأمل (قوله ولابى حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكما لها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتقاط بالنهاية كالحد وكفار المستحل وحرمة البيع) أقول لفائل أن يقول الكلام في هذا الموضوع في حديث ثبوت اسم الخمر لافى حديث رتب الاحكام الشرعية عليه فيجوز أن يثبت اسم الخمر في بداية الشدة وبشرط ترتيب الاحكام الشرعية عليه بكما فلا يتم التقريب ويمكن أن يقال الكلام ههنا في حديث ثبوت اسم الخمر في الشرع لافى حديث ثبوته في اللغة فقط فاذا ثبت اسمها الشرعي يلزم أن يترتب عليها الاحكام الشرعية بلا تراخ فيه فيتم التفریب تدبر (قوله والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى أقول ليس هذا بشئ لان السكر لازم الاسكار ومطواعة فلا يفتقران في التحقيق فالتعليل باحد هما يؤدي الى التعليل بالآخر ومجرد الفرق بينهما في المفهوم لا يحدى شيئاً فقهياً ههنا كما لا يخفى كيف ولا شئ أن مراد المصنف بيان كون حرمتها بعينها غير معلولة بشئ مما أصلاً لا أنهم غير معلولة بالسكر وانما معلولة بشئ آخر كالاسكار لان ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجود كتاب الله تعالى انما يترتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافي كونها محرمة العين مطلقاً لا على ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط وانما حال غير معلول بالسكر لكون الواقع في كلام المنكر هذه العبارة تبصر نفهم (قوله والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة) قال تاج الشريعة وهى ما روى ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب وقالوا ولما كانت حرمتها بعينها لا يصح التعليل لان التعليل حينئذ يكون مخالفاً لنص انتهى أقول لفائل أن يقول ان كان تعليلها وتعديتها الى غيرهما منافياً لحرمة عينها يلزم من تعليلها وتعديتها الى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى ايضاً فانه سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين كما مر والسنة المتواترة واجماع الامة ايضاً على ما مر من

(قال المصنف ولابى حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكما لها بقذف الزبد الخ) أقول فعلى هذا يكون تعريف الخمر بالنبي من ماء العنب اذا صار مسكراً تعريفها بالأعم عند أبى حنيفة ويقال المطلق ينصرف الى الكامل وكما

الاسكار بقذف الزبد فالمراد بالسكر عنده هو الكامل في الاسكار يفهم ذلك من تقريره (قال المصنف والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) أقول فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم (قوله قد ذكرنا دلالة على ذلك في الاشراف شرح مشارق الأنوار) أقول وفي شرح حديث ان الله حرم الخمر الخ (قال المصنف والشافعي يعديه اليها) أقول أنت الضمير اراجع الى سائر لاكتسابه التائيد من المضاف اليه (قال المصنف والتعليل في الاحكام لافى الاسماء) أقول فان قيل الشافعي ايضاً يعدى الحكم كما اعترف به المصنف آتفاً واجبه وهذا الكلام قلنا انما يعدى الحكم بواسطة تعديده الاسماء فليتأمل

والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا والخامس أنه يكفر مستحلها الانتكارة الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها أو غاصبها ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام إن الذي حرم شربه حرم بيعها وأكل غنمها واختلفوا في سقوط ماليتها والأصح أنه مال لأن الطباع قيل اليها وتضمن بها ومن كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لا يحل له أن يأخذها ولا للديون أن يؤديه لأنه ممنوع من بيعه بطل وهو غصب في يده وأمانته على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام ولأنه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن أن يحسد شاربه وإن لم يسكر منها قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاقتلوه الآن حكم القتل قد انتسخ في الجلد مشروعا وعليه انعقد إجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لأنه للنع من ثبوت الحرمة لارتفاعها بعد ثبوتها إلا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه

قبل وذلك يؤدي إلى جحود تلك الأدلة القطعية وحاشي للشافعي من ذلك وإن لم يكن تعليلها وتعديتها إلى غيرها من أفعال الحرمة عينها بل كانت حرمة عينها نابعة بتلك الأدلة القطعية وحرمة عين غيرها نابعة بتعددية حرمة عينها إلى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بأنه خلاف السنة المشهورة لأن مسدول السنة المشهورة إنما هو حرمة عين الخمر والفرض أن تعديتها إلى غيرها لا ينافي حرمة عينها ثم أقول الحق عندى ههنا أن تعليلها بالاسكار ينافي حرمة عينها لأن قليها ليس بمكرو فيلزم أن لا يكون قليها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار ويلزم منه أن لا يكون عينها حراما لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالاسكار وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالخمر وفحواها فالظاهر أنه لا ينافي حرمة عينها والشافعي إنما قال بتعليلها بالخمر فعدى حكمها إلى غيرها من المسكرات حتى أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشروح فمن أين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة (قوله والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا) أقول فيه نبي وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بينا فيما مر أنفعا إنما هو حرمتها فان استلزم حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فامعنى جعل كونها نجسة نجاسة غليظة موضوعا لعمومها أنه بالاصالة وإن لم تستلزمه فامعنى الحوالة على تلك الدلائل المارة ثم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فانه سماها رجسا والرجس هو القدر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة إلا أنه بقي الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا فالأولى ههنا تحرير صاحب الكافي حيث قال وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لأنها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى (قوله والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها أو غاصبها ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بالسرقين فانه نجس العين مع أنه مال متقوم يجوز بيعه عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين أيضا لأنه نجس العين فشا به العذرة وجلد الميتة قبل الذباغ ولأنه منتفع به لأنه يلقى في الأراضى لاستكثار الربع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة انتهى فتأمل (قوله والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام) أقول انتقاض هذا التعليل

وقوله (حتى لا يضمن متلفها) لا يدل على إباحة اتلافها وقد اختلفوا فيها ف قيل بإباحة لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شرب خفيف عليه الشرب وأما إذا كانت عند صالح فلا يباح لأنه يخالها وقوله (والسابع حرمة الانتفاع بها) يريد التدوى بالاحتقان وسقي الدواب والافطار في الاحليل وقوله (الأن حكم القتل قد انتسخ) يعني بقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحدى معان ثلاث الحديث

بعد الطبخ ولم يسكر هل
يجب عليه الحد ثم قال
ويجب أن لا يجب عليه
الحد لانه ليس بخمر لغة
فان الخمر لغة هو التي من
ماء العنب وهذا ليس بنى
وقوله (والمنصف) قيل
يجوز أن يكون منصوبا
عطفًا على قوله الباذق
أى يسمى العصور المذهب
أقل من ثلثيه الباذق
ويسمى المنصف أيضا لانه
قال الاشربة المحرمة أربعة
وهى الخمر والعصور المذهب
أقل من ثلثيه ونقيع
التمر ونقيع الزبيب فلو
كان الباذق غير المنصف
لكانت الاشربة المحرمة
خسة ويجوز أن يكون
مرفوعا لانه نوع من
الذهب أقل من ثلثيه
لانه أعم من أن يكون
منصفا أو غيره والاول
أوجه معنى وهذا أوجه
لفظا لانه لو كان منصوبا
لقال أيضا

(قوله لكنت الاشربة
المحرمة خسة) أقول
كيف تكون خسة وكل
منهما من أقسام المسبي
بالطلاء (قوله لانه أعم
من أن يكون منصفا
أو غيره) أقول فيندفع
لزم كونها خسة (قوله
لانه لو كان منصوبا لقال
أيضا) أقول فيه بحث
فان المسبي بالباذق غير
المسبي بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا

على ما قالوا لان الحد بالليل فى النى خاصة لما ذكرنا وهذا قد طبع والعاشر حوازل تخليها وفيه
خلاف الشافعى وسند كرم من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام فى الخمر وأما العصور اذا طبخ حتى
يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو مذهب نصفه بالطبخ
فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعى انه مباح
وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا أنه رقيق ملذم مطرب ولهذا يجتمع عليه
الفاسق فيحرم شره دفعا للفساد المتعلق به

بالسرقين أظهر مما مر آنفا فتدبر (قوله وأما العصور اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى
طبخة ويسمى الباذق) قال فى القاموس الباذق بكسر الهمزة والفتح ما طبخ من عصور العنب أدنى طبخة
فصار شديدا وقال فى المغرب الباذق من عصور العنب ما طبخ أدنى طبخة فصار شديدا وقال فى الفائق هو
تعريب باذم وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما فى المغرب وما فى الفائق ولم يتكلم على شئ منه ما شئى أقول
فيما ذكر فى الفائق نظرا لان الخمر على ما مر هى النى ومن ماء العنب اذا صار مسكرا والمطبوخ ليس بنى قطعاً
والباذق اسم لما طبخ من عصور العنب أدنى طبخة فليس بخمر لانه لا يحال له ولهذا قال المنصف وأما العصور اذا
طبخ فى مقابلة قوله وأما الخمر فكيف يتصور أن يكون الباذق تعريب باذم معنى الخمر اللهم إلا أن يكون
ما ذكر فى الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من أن الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من
كونه اسما خاصا لى من ماء العنب اذا أسكر (قوله والمنصف وهو مذهب نصفه بالطبخ) قال فى غاية
البيان قوله والمنصف يجوز أن يكون بالنصب وهو الاوجه عطفًا على قوله الباذق أى يسمى العصور
المذهب أقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف أيضا والدليل على هذا أن أبنا الليث فسره فى شرح الجامع
الصغير المذهب أقل من ثلثيه بالمنصف وأيضا لانه قد حصر الاشربة المحرمة على أربعة وهى الخمر والعصور
المذهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان المنصف غير الباذق الذى هو المطبوخ المذهب
أقل من ثلثيه لكنت الاشربة المحرمة خسة ويجوز أن يكون المنصف بالرفع لانه نوع من المذهب أقل
من الثلث لانه أعم من أن يكون منصفا أو غيره ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهر زاده الباذق قسما
والمنصف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما فى غاية البيان والاول أوجه معنى وهذا
أوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا انتهى أقول لعل الاول لا وجه له أصلا فضلا عن أن يكون
أوجه فانه يصير معنى كلام المنصف على ذلك التقدير العصور الذى طبخ أدنى طبخة يسمى باسمين أحدهما
الباذق والآخر المنصف وهذا يقتضى أن يكون الباذق والمنصف متعديين فى المعنى وهو العصور المطبوخ
أدنى طبخة مع أن تحرير المنصف ينافى ذلك أما أولا فلانه فسر المنصف بقوله وهو مذهب نصفه
بالطبخ ولا يخفى أن هذا أخص من العصور المطبوخ أدنى طبخة لتناول ذلك مذهب أقل من نصفه بالطبخ
فكيف يتصور الاتحاد فى المعنى وأما ثانيا فلانه قال فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد الخ ولا يخفى
أن لفظ كل يقتضى التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق أن قول المنصف والمنصف مرفوع
لا غير فهو معطوف على المطبوخ فى قوله وهو المطبوخ أدنى طبخة والمعنى أن العصور المطبوخ المذهب
أقل من ثلثيه على قسمين أحدهما ما المطبوخ أدنى طبخة المسبى بالباذق والآخر المنصف وهو مذهب
نصفه بالطبخ وكل واحد منهما حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وأما
حديث أن المنصف لو كان غير الباذق لكنت الاشربة المحرمة خسة وقد حصرها فى الاربعة فعلى
طرف التمام لان الاربعة التى حصرها الاشربة المحرمة فيها انما هى أصول الاشربة المحرمة وأقسامها
الاولية والباذق والمنصف ليسا كذلك بل انما هما قسمان من أحد تلك الاصول والاقسام الاولية
وهو الطلاء العام للباذق والمنصف ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية وهذا أوجه

من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر

وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله على ما سيجي عقوله (فهو حرام مكروه) أردف الحرام بالكراهة إشارة الى أن حرمة ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيره لا يكفر وقوله (ويدل عليه ما روينا من قبل) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والخضلة وقوله (والآية مجحولة على الابتداء اذ كانت الاشارة مباحة) لانها مكينة وحرم الخمر بالمدينة وهذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان كما قال الخلفاء وقيل أراد به التوبيخ ومعناه أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرًا حرامًا وتدعون رزقًا حسنًا وقوله (وقد بينا المعنى من قبل) يريد به قوله ولنا أنه رقيق ملذ مطرب الخ

وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر أي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرًا ورزقًا حسنًا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما روينا من قبل والآية مجحولة على الابتداء اذ كانت الاشارة مباحة كلها وقيل أراد به التوبيخ ومعناه والله أعلم تتخذون منه سكرًا وتدعون رزقًا حسنًا وأما نقيع الزبيب وهو الذي من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلي ويتأني فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا أن حرمة هذه الاشارة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية لفظًا لانه لو كان منصوبًا لقال أيضًا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالبادق غير المسمى بالنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضًا انتهى أقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالبادق غير المسمى بالنصف انما يتصور على تقدير أن يكون قوله والنصف مرفوعًا وأما على تقدير أن يكون منصوبًا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى بأحدهما غير المسمى بالآخر بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دراية بقواعد العربية ثم أقول يمكن أن يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبًا لقال أيضًا بوجه آخر وهو أن الواو والعاطفة في قوله والنصف على تقدير أن يكون منصوبًا معطوفًا على البادق تغني غناء كلمة أيضًا فلا نسلم أنه لو كان منصوبًا لقال أيضًا (قوله وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر أي الرطب) قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا نقع في الماء يسمى نقيعًا فلا حاجة الى أن ينقع الرطب لاحتالة حتى يسمى نقيعًا وقياس كلامه هنا أن يقول في نقيع الزبيب أي نقيع العنب وليس بقوى انتهى وقال جمهور السراخ دفع المالك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المختد من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله على ما سيجي وانتهى أقول فيما قاله جمهور السراخ أيضًا نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ أدنى طبخة كما صرح به في عامة المعينات وسيجي في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو وطرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام انتهى والذي ذكره هنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله وهو الذي من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب (قوله فهو حرام مكروه) قال عامة السراخ أردف الحرام بالكراهة إشارة الى أن حرمة ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيره لا يكفر انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلا نلهو لو كان مقصودا لمصنف بارداف الحرام بالمكروه الاشارة الى ما ذكره لأردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلاثة المذكورة بعد والخمر اذا ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولو اكتفي باردافه بذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر أحق بذلك كما لا يخفى وأما ثانياً فلا نالمصنف سبب صرح بان حرمة هذه الاشارة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يكفر مستحل الخمر فلا حاجة الى الاشارة الى ذلك ههنا (قوله وقيل أراد به التوبيخ) معناه والله أعلم تتخذون منه سكرًا وتدعون رزقًا حسنًا قال السراخ أي أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرًا حرامًا وتدعون رزقًا حسنًا أقول فيه اشكال لانهم صرحوا عند شرح قول المصنف والآية مجحولة على الابتداء بان الآية مكينة وتخريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور أن يكون معنى الآية قبل تخريم الخمر تتخذون منه سكرًا حرامًا والخمر وقتئذ عام يوصف بالحرمة فأين السكر الحرام فليتأمل (قوله الا أن حرمة هذه الاشارة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية)

(قوله انما فسر التمر بالرطب الخ) أقول ردي على الاتقاني وفيه نظر (قوله لا السكر وهو حلال الخ) أقول في المغرب السكر يغتسلن عصير الرطب اذا اشتد وفي الطلبة السكر يفتح السين والكاف هو الذي من ماء التمر وقال في ديوان الادب هو خمر التمر انتهى فالتمر يعني الرطب فيه أيضا

(وقوله غير أن عنده) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله (يجب قيم الامتلاء) كما إذا ألتف المسلم خروا الذي على ما عرف أن المسلم ممنوع
عن التصرف في الحرام وأورد رواية الجامع الصغير وهي قوله ما سوى ذلك من الاشربة أي ما سوى

(١٦٠)

المذكور وهو الخمر والسكر
ونقيع الزبيب والطلاء وهو
الباذق والمنصف لبيان أن
العموم المذكور في الجامع
الصغير لا يوجد في غيره
وقوله (وقال فيه) يعني في
الجامع الصغير

ولا يجب الحد بشرم حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة
في أخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن من متلفها عند أبي حنيفة خلافا لهما
فيهما لأنه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقويمها بخلاف الخمر غير أن عنده يجب قيمتها
لامتلاء على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان
الذهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة
فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على أن ما يتخذ من
الحنطة والشعير والعلس والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحسد شربه عنده وإن سكر منه ولا يقع
طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالخير وابن الرماك وعن محمد أنه حرام ويحد شربه
ويقع طلاقه إذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة (وقال فيه أيضا وكان أبو يوسف يقول ما كان
من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فإني أكرهه ثم رجع إلى قول أبي حنيفة) وقوله
الاول مثل قول محمد أن كل مسكر حرام لأنه تفرد به هذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشد ومعنى
قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه أن بقاءه هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدة فكل
أية حرمة ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي
ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره إن شاء الله تعالى وأبو يوسف رجع إلى
قول أبي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط أيضا (وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب
إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير

(قال المصنف ويجوز
بيعها ويضمن متلفها الخ)
أقول المراد بالجواز ما يترتب
عليه الثمرات المطلوبة
لما يقابل الحرمة (قال
المصنف وما شهدت له دلالة
قطعية) أقول فيه بحث لأن
الحرمة تثبت بالمشبهة (قال
المصنف غير أن عنده يجب
قيمتها الامتلاء) أقول لا يقال
ينبغي أن يجب المثل بدليل
جواز البيع لا نقول
البيع يجوز مع الكراهة
فأولوا وجبنا المثل لكان
مأمورا باتيان فعل مكرره
وهو تسليم الحرام وهذا
لا يجوز ومع ذلك لو أدى
المثل يخرج عن العهدة
أيضا تأمل قال العلامة
الكاكي أن المسلم ممنوع
عن التصرف في الحرام
فلا يكون مأمورا بإعطاء
المثل حتى لو أعطى يخرج
عن العهدة لأنه مكرره
انتهى وفيه بحث الآن
يؤول يجب بمعنى ينبغي
(قوله أن المسلم ممنوع عن
التصرف في الحرام) أقول

أقول لقائل أن يقول من هذه الاشربة نقيع التمر وهو السكر وقد قال في اثبات حرمة ولنا
اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقرر في علم الاصول أن اجماع الامم سيما اجماع الصحابة
دليل قطعي يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بأن حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحالتها لكون حرمتها
اجتهادية لا قطعية ويمكن أن يجاب عنه بأن نقل الاجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك
الاجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله اليها كما تقرر هذا أيضا في علم الاصول فيجوز أن يكون
الاجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القليل ويكون هذا باعنا على وقوع الاجتهاد في خلافه
(قوله لأنه مال متقوم وما شهدت له دلالة قطعية بسقوط تقويمها بخلاف الخمر) أقول فيه نظر أما أولا
فلأنهم صرحوا بأن معنى تقوم المال أباحة الانتفاع به شرعا وسيجيء التصريح عن قريب بأن هذه
الاشربة مما لا ينتفع بها بوجه من الوجوه فكيف يتصور اتقون فيها وأما ثانيا فلأن الدلالة القطعية
انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل ألا ترى أن خبر الواحد من السنة يوجب
العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في
علم الاصول وما نحن فيه من العمليات فينبغي أن يكتفي فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في
الحكم بحرمة هذه الاشربة انتهى أيضا اجتهادية لا قطعية كما صرح به آتينا (قوله ولا ينتفع بها بوجه
من الوجوه لأنها محرمة) أقول في التعليل بحث فلا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به ألا ترى
أن السرقة نجس العين محرم تناول قطعها مع أنه مما ينتفع به حيث يلقى في الاراضي لاستكثار الرعي
ولهذا يجوز بيعه كما صرح في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به وقد
مر هنا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا
كان الذهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين) أقول لا يذهب عليك أن حق هذه الرواية أن تذكر

فنبغي أن لا يجوز بيعها لكن المراد بالجواز في قوله ويجوز بيعها ليس ما يقابل الحرمة بل
ترب الثمرات المطلوبة كما في البيع المكروه (قوله لبيان أن العموم المذكور الخ) أقول لتعليل لقوله وأورد رواية الجامع الصغير الخ

لهو ولا طسرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره إن شاء الله تعالى قال (ولابأس بالخليطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدي إلى منزلي فعدت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لأن المروى عنه حرمة نقيع الزبيب وهو الذي منه وما روى أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وإن لم يطبخ) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الحرام من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرم والخلة خص التحريم بهما أو المراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لا باحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لأن قليله لا يدعوا إلى كثيره كيفما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه قيل لا يحد

قبل قوله ولا ينتفع بهما وجه من الوجوه لأنهم من شعب جواز بيع هذه الاشربة وقوله ولا ينتفع بهما إلى آخره مسألة مسألة متعلقة دخلت في البين كما ترى (قوله ولا بأس بالخليطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدي إلى أهلي فعدت إليه من الغد وأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب) وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به أنه كان يسقي غيره ما لا يشربه أو يشرب ما كان حراما كذا في الكافي والشروح أقول ههنا كلام من وجهين أحدهما أن تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه ولم تكن الحادثة مما لا يدرك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الأصول والظاهر أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح أن يكون فعل ابن عمر أو قوله في الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين وثانيهما أن قول ابن زياد ما كدت أهتدي إلى أهلي يشعر بأسكار الاشربة التي سقاها ابن عمر أيها والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن أن يجاب عن الثاني بوجهين أحدهما ما أشار إليه تاج الشريعة بقوله وإنما قال ما كدت أهتدي إلى أهلي على سبيل المبالغة في بيان التأثير فيه لاحقية السكران ذلك لا يحل انتهى وثانيهما أن وجه الاستدلال مجرد أن يسقي ابن عمر ابن زياد تلك الشربة فإنما هو كانت حراما لما أقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على أن يسقيه أبدا وأما تأثيرها في الشارب بعد أن شربه ما بحيث يصل إلى مرتبة الاسكار فليس له حدم مقدرا وهو يختلف باختلاف الطباع والافاق والشارب أن يجترع عنه مهما أمكن فان وصل إلى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فأنما هو في الغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقى تأمل تفهم (قوله وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لأن قليله لا يدعوا إلى كثيره كيفما كان) أقول هذا التعليل منطوقه لا مجرد أن لا يدعوا قليله إلى كثيره لا يقتضي أن لا يشترط الطبخ فيه لا باحته ألا ترى أن نبيذ التمر والزبيب مما يشترط الطبخ فيه لا باحته بلا اختلاف مع أن قليل ذلك أيضا لا يدعوا إلى كثيره كيفما كان فان دعاء القلب إلى الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والظاهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها وفي رواية لا يشترط لأن حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصل الخمر شرعا فان أصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط أدنى طخنة في نقيع الزبيب والتمر فيجب أن لا يشترط أدنى طخنة في هذه الاشربة ليظهر نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى (قوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه قيل لا يحد) أقول قد مررت بهذه المسئلة مرة أثناء بيان مسألة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نوص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحد

قال (ولابأس بالخليطين)
الخليطان ماء التمر والزبيب
إذا خلطا فطبخا بعد ذلك
أدنى طخنة وبترك إلى أن
يغلي ويشد والعجوة التمر
الذي يغيب فيه الضرس
لجودته وقوله (محمول على
لشده وكان ذلك في الابتداء)
يعني أن النهي عن الجمع
بين التمر والزبيب كان في
الابتداء في وقت كان بين
المسلمين ضيق وشدة في أمر
الطعام لئلا يجمع بين
الطعامين ويترك جاره جائعا
بل يأكل أحدهما ويؤثر
بالآخر على جاره ثم لما وسع
الله على عباده النعم أباح
الجمع بين النعمتين وقوله
(فيسل لا يحد) هو قول
الفقيه أبي جعفر رحمه الله

وقوله (وقد ذكرنا الوجه من قبل) إشارة الى قوله لان قليله لا يدعوا الى كثيره قبل ويجوز أن يكون إشارة الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعني أن هذه الانبذة ليست بمنزلة مما هو أصل الخمر وقبل هو إشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبيع ولبن الرمال وباقى كلامه واضح وقوله (وعن محمد رحمه الله مثل قولهما) أى مثل قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمه الله ما مذكور فى النوادر ولنا أى لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد وفى بعض النسخ ولهما أى لابي حنيفة وأبى يوسف

(قوله وقيل هو إشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبيع ولبن الرمال) أقول وعندى الثالث أقرب والاول أبعد أما لفظا فلمكان قوله من قبل وأما معنى فان عليه وجوب الحذر على السكران ليس دعاء القليل الى الكثير

وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحسد فانه روى عن محمد بن سكر من الاشربة انه يحسد من غير تفصيل وهذا الان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحسد عند أبي حنيفة اعتبارا بحمته اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحسد لان كراهة الحاء ما في باحته من قطع مادة الجهاد أولا احترامه فلا يتعدى الى لبنه قال (وعصير الغنم اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه بقي ثلثه حلال وان اشتد) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به النقوى أما اذا قصد به التلهي لا يحسد بالاتفاق وعن محمد مثل قوله ما وعنه أنه كره ذلك وعنه أنه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما أسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما أسكر الجرعة منه فالجرعة منه حرام شاربها عنده وان سكر فالتعرض لها امره أخرى يشبه التكرار فلعن المقصود بالذات ههنا ذكر قوله قالوا والاصح انه يحسد وما قبله توطئة له نعم يحسه أن يقال لو ذكرنا أيضا هذا القول قالوا والاصح انه يحسد لاستغنى عن الاعادة ههنا بالكلية (قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل) قال صاحب الغاية هو إشارة الى قوله لان قليله لا يدعوى كثيره وقال ويجوز أن يكون إشارة الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعني أن هذه الاشربة ليست بمنجزة مما هو أصل الخمر فلا يحرم لا يحسد السكران منها انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل الإشارة الى ما ذكرنا السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقده بالبيع ولبن الرماك انتهى واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية أولا ونقل ما ذكره تابا بقل ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل أقول يرد على الوجه الاول أن عدم دعاء القليل الى الكثير جار فيما سوى الخمر من الاشربة المحرمة فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المصنف فيما مر حيث قال ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع انه اذا سكر مما سوى الخمر من الاشربة المحرمة يحسد بخلاف فعلم انه لا تأثير لعدم دعاء القليل الى الكثير في سقوط الحد عن السكران ويورد على الوجه الثاني أنه لو كان مراد المصنف ما يستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين لقال لما روينا كما هو عادته المستمرة في الحوالة على ما مر من السنة ثم ان في كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذکور خفاء جدا فضلا عن أن يكون مذكورا ههنا فأنى يتيسر الإشارة اليه ههنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل فالوجه هو الوجه الثالث وان آخره صاحب العناية في الذكركم لا يخفى على من تأمل في سياق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيخ الاسلام وغيره في هذه المسئلة (قوله قالوا والاصح انه يحسد فانه روى عن محمد بن سكر من الاشربة انه يحسد من غير تفصيل) أقول تحرير المصنف ههنا لا يخلو عن ركاكة اذا الظاهر أن مراده بقوله وهل يحسد في المتخذ من الحبوب اذا سكرانه هل يحسد في ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان المذکور فيما قبل انما هو قوله ما والاصح الآن بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعى هذا أن يكون مدار قوله قبل لا يحسد وقوله قالوا والاصح انه يحسد على قوله ما فلا يناسب في تعليل قوله والاصح انه يحسد أن يقال فانه روى عن محمد بن سكر من الاشربة انه يحسد من غير تفصيل فان محمد يخالفه ما في أصل هذه المسئلة حيث لا يقول يحسد في المتخذ من الحبوب اذا اشتد وعلى فيجوز أن يقول بوجوب الحد اذا سكر منه وأما ما في قولنا يحسد ذلك كما تقدم أنما فلا يكون المروي عن محمد حجة في حقه ما وعن هذا ترك صاحب الكافي هذا التعليل واكتفى بما ذكره المصنف بعده بقوله وهذا الان انفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الاسلام الاسيبي ان الاصح انه يحسد لان الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة انتهى (قوله وعنه أنه كره ذلك)

ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيره كالخمر ولهم ما قوله عليه السلام حرمت الخمر
لعينها ويروي بعينها قليلا وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر
إذا عطف للغاية

أقول فيه ضرب اشكال وهو أنه قد مر في أول كتاب الكراهية أن كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله
وقوله هنا وعنه أنه كره ذلك بعد أن صرح فيما قبل بأنه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقتضي المغايرة
بين قول محمد بحرمة وبين قوله بكراهيته فينا في ما تقر في أوائل الكراهية فإن قلت نعم إن كل مكروه
حرام عند محمد ولكن بجرمة ظنية لا بجرمة قطعية فإنه إذا لم يجز نضا قاطعا في جرمة شئ لم يطلق عليه لفظ
الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقر أيضا هنا فيجوز أن يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهية
عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في أحدهما وظنيتها في الأخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا مجال
للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد أبي حنيفة وأبي يوسف في حله لأن قطعية حرمة
الشئ تستلزم أن يكفر مستحلهما وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهادنا فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله تعالى وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الأشربة الثلاثة المحرمة
عند أئمتنا أجمع وعند عامة العلماء أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلهما ولا يكفر
مستحل الخمر لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع أن اجتهادنا بالإباحة فيها
انما وقع من نحو الأوزاعي وشريك وسائر أصحاب الظواهر فتحقق أن الحرمة المروية عن محمد في حق
المثلث العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة
بينها وبين الكراهية على أصل محمد ويمكن أن يقال معنى قولهم إن كل مكروه حرام عند محمد أن كل
مكروه كراهية التحريم حرام عند محمد لكن لا بدليل قطعي بل بدليل ظني خلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف
فإن المكروه كراهية التحريم ليس بحرام أصلا عندهم ما بل إلى الحرام أقرب وأما المكروه كراهية
التنزيه فليس بحرام ولا إلى الحرام أقرب عند أحد وهذا كله يظهر برراجعة كتب الأصول فيجوز
أن يكون المراد بالكراهية في قول المصنف ههنا وعنه أنه كره ذلك هو الكراهية التنزيهية وهي مغايرة
للمحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تأمل (قوله وله ما قوله صلى الله عليه وسلم حرمت
الخمر لعينها ويروي بعينها قليلا وكثيرها والسكر من كل شراب) قال في النهاية وله ما أيضا قوله تعالى
انما الخمر والميسر الآية بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصدع ذكر
الله تعالى وإبراث العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل ولو خلبنا وظاهر الآية
لقلنا لا يجزى رم القليل من الخمر أيضا ولكن تركنا قضية ظاهرا الآية في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع
فمساعدنا فبق على ظاهر الآية انتهى أقول ينتقض هذا الاستدلال بمعاودة الخمر من الأشربة
المحرمة الثلاثة فإن قليلها أيضا حرام عند أئمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي وأكثر العلماء مع
أن المعاني المذكورة في الآية المزبورة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى (قوله خص السكر بالتحريم
في غير الخمر إذا عطف للغاية) أقول الظاهر أن مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر
التحريم على السكر في غير الخمر على أن تكون الباء داخلية على المقصور كما في قولهم خصصت فلانا بالذكر
على ما تقر في موضعه اذ هو المفيد مدحها ما ههنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة لكن
فيه بحث وهو أن الاستدلال على مدحها ما في هذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي أيضا
حل الأشربة المحرمة الثلاثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على أن استفادة قصر التحريم على
السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف

ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا

ليس مسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا اجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكم وفيه نظران الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا

(قوله والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز) أقول اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير وما تقدمه فليس مجازا والكلام فيه (قوله وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا) أقول ويقرب مما ذكره الشارح ما قاله الامام الترمذى في شرح الجامع الصغير لا يقال القدح الاخير مسكر بما تقدمه لان المسكر ما يتصل به السكر وهو كالمختم من الطعام فان المحرم هو المختم انتهى قال التفتازانى في التلويح ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير

المذهب فليتأمل (قوله ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا) فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بما تقدمه لا بانفراده فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضا قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الاخير اضيف الحكم اليه لكونه علة معنى وحكما كذا ذكره جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال فيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة انتهى أقول ان أراد بقوله والمجموع بهذه الصفة أن كل واحد من أجزاء المجموع بهذه الصفة فليس يصحح اذ لا يفتى أن شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بعلة اسما ولا معنى ولا حكما اذ العلة اسما ما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يؤثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم ولا يترأخ عنه كما عرف كله في علم الاصول ولا شك أن شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني وان أراد بذلك أن المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقدح في مطلوبنا هنا اذ لا ننكر حرمة مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما ننكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده نعم بقى الكلام في أن اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع أولى أم الى الجزء الاخير وحده والظاهر في بادئ الرأي هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لا اسما على ما هو المشهور في كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الفاضل التفتازانى قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير كالمسكر في ان يقال السفينة والقدح الاخير في السكر انتهى وحينئذ يصير الجزء الاخير علة اسما أيضا كما أنه علة معنى وحكما فينتظم أمر اضافة الحكم اليه وحده بلا غبار ثم قال صاحب العناية والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول ليس هذا بشئ فاضلا عن أن يكون أولى اذ ليس الكلام ههنا في اطلاق لفظ المسكر على شئ وعدم اطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيئا بل انما الكلام ههنا في أن المفسد للعقل هو القدح المسكر أى المزيل للعقل سواء أطلق عليه لفظ المسكر حقيقة أم لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل لا غير وبالجمله مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد السؤال بان القدح الاخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل أيضا في ازالة العقل فينبغي أن يحرم أيضا لم يقدح أن يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة شيئا في دفع ذلك السؤال أصلا وانما يتشبه ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر ومحله قول المصنف ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة وقصد بعض الفضلاء أن يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير وما تقدم مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول وهذا أيضا ليس بشئ لان اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور أن يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الاخير أيضا ولاشك أن اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لأن الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس مما وضعت له قطعا ولو سلم أن يكون اطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الاخير أيضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما أيضا تأمل توقف

وقوله (وانما يحرم القليل منه) أي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو أن يقال لما كان المفسد هو الآخر بدون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك ويجوز أن يكون جوابا عن قولهم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيرا وهذا واضح ووجه الجواب عن الأول أن القياس ذلك ولكن تركناه لأن الخمر لرقمتها ولطافتها تدعو إلى الكثير فأعطى القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك أعظمه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله (والحديث الأول) يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدر الأخير وقوله (والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق) لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه يوسفيا (١٦٥) ويعقوبيا لأن أبابؤس فرجه الله كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه بنجنا وجيدا قال

لأنه منسوب إلى رجل اسمه حميد وهل يشترط لباحثه عندهما بعد ما صب الماء فيه أدنى طخنة اختلف المشايخ رحمه الله فيه واختاره المصنف رحمه الله وقوله (أو يذهب منهما) يعني تارة يذهب الماء أولا للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلوزدها معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهب معا كان الذهاب من العصير أيضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتبقن يذهبا معا معا واحتمل ذهاب الماء أولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء أولا كان الذهاب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله (فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب) أي على القطع والبتات وقوله

وانما يحرم القليل منه لانه يدعولرقته ولطافته إلى الكثير فأعطى حكمه والمثلث لاقطه لا يدعوه وهو في نفسه غذاء فبقى على الإباحة والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدر الأخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طخنة حكمه حكم المثلث لأن صب الماء لا يزيد الاضعاف بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لأن الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منه ما فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يصير يكتفي بأدنى طخنة في رواية عن أبي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الأصح لأن العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر

(قوله وانما يحرم القليل من الخمر لانه يدعولرقته ولطافته إلى الكثير فأعطى حكمه) أقول فيه كلام وهو أن هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معللة وقد صرح فيما مر بأن الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشئ لأن تعليله خلاف السنة المشهورة وهي قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذي ينبغي ههنا أن يقال وانما يحرم الخمر لانه قليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها والحديث اللهم إلا أن يحمل كلام المصنف ههنا على الترتيل والزام الخصم بأن يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيره فتبصر (قوله والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) قال بعض الفضلاء وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الأخيرين الذين رواهما ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى أقول توجهه ليس بشئ لأن دلالة الحديثين الأخيرين الذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما أسكر كتبيرة انما هي بطريق العبارة ودلالة ما رواه المصنف من قبل أبي حنيفة وأبي يوسف على حل قليل ذلك انما هي بطريق الإشارة أو الاقتضاء وقد تقررت في علم الأصول أن عبارة النص ترجع على إشارة النص واقتضائه عند التعارض فان أراد ذلك الغايل بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهي المعارضة بدون الرجحان في أحد الجانبين فليس يصحح وإن أرادهم المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين الذين رواهما الخصم فليس يغيث بل يحل كما لا يخفى (قوله لأن الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منه ما فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب) قال الشراح أي على القطع والبتات وقال بعض الفضلاء قوله أي على القطع والبتات فيه بحث لأن الحرمة تثبت بالشبهة انتهى أقول مسداده هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مرادهم بقرينة قولهم أي على القطع والبتات تقييد المتن في قول المصنف فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب لا تقييد المتن فالمعنى أن

(يكتفي بأدنى طخنة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) هي رواية الحسن عنه وأنكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال سمعت أبا حنيفة يقول انها لا تحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا أصح لما ذكره في الكتاب

(قال المصنف والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) أقول وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الأخيرين ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما (قوله وقوله فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب أي على القطع والبتات) أقول فيه بحث فان الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف ولو طبخ العنب كما هو) أقول أي كائن كالأذى هو عنب فالخبر محذوف وينبغي أن تكون الكافي زائدة (قال المصنف فصار كما بعد العصر) أقول أي صار حكم العصير بعد طبخ العنب حكم العصير بعد العصر قبل طبخ العنب والوجه أن يقال فصار الطبخ قبل العصر كالطبخ بعده في أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه

(قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء الخ) جوزاً كثيراً هل العلم الانتباذ في الدباء وهو القرع والخنتم وهو جرجار أخضر يحصل فيه الخمر إلى المدينة الواحدة حنطة والمرقت وهو الطرف المطلي بالزفت وهو القير والنقيير وهو الخشبة المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن محمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرنا وعن لحم الاضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فأمسكوا ما بدمكم ونزودوا (١٦٦) فأنما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسرهم وعن النبي في الدباء والخنتم

ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لأن التمر إن كان يكتفي فيه بأدنى طخعة فعصر العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فمعتبر جانب العنب احتساباً وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طخعة ثم أنقع فيه تمر أو زبيب أن كان ما أنقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله ولا بأس به وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما إذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حدة في شربه لأن التحريم للاحتياط وهو للحد في درته ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لأن الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال (ولا بأس بالانتباذ في الدباء والخنتم والمرقت والنقيير) لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الأوعية فأنشروا في كل طرف فان الطرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ولا تتمر أو المسكر وقال ذلك بعدما أخبر عن النبي عنه فكان ناسخاً له وأما النبيذ فيبعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقاً يغسل ثلاثاً فيطهر وإن كان جديداً لا يطهر عند محمد لتسرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً ويحجف في كل مرة وهي مسئلة ما لا يصح بالعصر وقبل عن أبي يوسف علاماً مرة بعد أخرى حتى إذا خرج الماء صافاً غير متهيج يحكم بطهارته قال (وإذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها أو بشئ يطرح فيها ولا يكره تخليلها) وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به أن كان التخليل بالقاشي فيه قولاً واحداً وإن كان بغير القاشي فيه فله في الخل الحاصل به قولان أنه أن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التناول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم إذا دام الخل من غير فصل وقوله عليه السلام خير خلدكم خيل خركم ولأن التخليل بزول الوصف المفسد وثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للصالح اعتباراً بالتخليل بنفسه وبالذباغ

والمرقت فأنشروا في كل طرف فان الطرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ولكن إنما ينفذ فيه إن كان فيه خمر بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الإسلام رحمه الله في مبسوطه إنما نهى عن هذه الأوعية على الخصوص لأن الانبذة تستد في هذه الظروف أكثر مما تستد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم وقوله (وإذا تخللت الخمر) يعني أن خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها أو خللت وقال الشافعي رحمه الله إن كان التخليل بالقاشي فيها كالخمر وغيره فهو حرام قولاً واحداً وإن كان بالنقل من الطل إلى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ما ألقى في الخمر يتنجس بعلاماته الخمر والمتنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما إذا تخللت بنفسها شئ من ذلك ودليله على أحد الوجهين ما ذكره في الكتاب ولنا قوله عليه الصلاة والسلام نعم إذا دام

ذهب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات لا يكون لأن ذهب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والبتات وحاصله أن ذهابها القطعي لم يثبت لأن عدم ذهابها ما قطعي فلما لم يثبت ذهابها ما على القطع والبتات بل احتمل أن يكون الذاهب أقل منها ما بأن يذهب الماء أولاً ولا لاطافته قلنا بحجته شرب ذلك العصير احتساباً بناء على أن الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القيد بالثني وبين تعلقه بالثني في أمثال هذا المقام أصل كبير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل (قوله ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه) قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله أو بين التمر والزبيب نظر لأن ماء الزبيب كما التمر يكتفي فيه ما بأدنى طخعة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طخعة حلال وإن اشتد انتهي أقول وقول القدوري بعده ولا بأس بالتخليلين أظهر في ترويح نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طخعة حلال وإن اشتد انتهي أن يقول يجوز أن يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحل في الثاني

الخل هو تناول الخل والمخلل لا محالة ولأن التخليل اصلاح المفسد بآثار صفة الصلاح من حيث التغذي به والاقتراب وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المفسد إن لم يكن واجباً فلا أقل من الاباحة والمنازع مكابر وقوله (وكذا الصالح للصالح) يجوز أن يكون معناه المخلل صانع للصالح والصالح للصالح مباح اعتباراً بالتخليل بنفسه وبالذباغ

(قال المصنف لأن التمر إن كان يكتفي فيه بأدنى طخعة الخ) أقول هذا التعليل لا يفي بتمام ما دعاه لظهور أنه لا يدل على المدعى الثاني ولعل الصحيح أو بين العنب والزبيب مكان بين التمر والزبيب فهي أول الناسخين وتبع الآخر لاولين

وقوله (والاقتراب لاعداد الفساد) جواب عن قوله ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لان سلم أنه على وجه التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك بالاراقة جازما بالتخليل أولى لما فيه من احراز مال بصير حلالا في المال وهذا ظاهر وما بعده الامكان فان قيل فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم لا ولكن أرقها حين

(١٦٧)

سأله أبو طه عن تخليل خمر أيتام عنده وباروي أنه صلى الله عليه وسلم يرى أن يتخذ الخمر حلالا أجيب عن الاول بان ذلك في ابتداء الضرر فحالهم أن يحوموا حول الخمر وكره الاقتراب في الاوعية المذكرة مع نصريحه فانها بان الظرف لا يحرمه ويؤخسه انه عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني أن المراد بالانتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كرامتي فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام أليس كانوا يأمررون وينهون وتطيعونهم قال نعم فقال هو ذلك فسر الانتخاذ بالاستعمال دردي الخمر وغيرها ما بقي في أسفله ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والانتفاع به وانما خص الامتناع لان له تأثيرا في تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليق

والاقتراب لاعداد الفساد فاشبهه الاراقة والتخليل أولى لما فيه من احراز مال بصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلى به واذا صار الخمر خلايطه ما يواز به من الاناء ما أعلامه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس اذا غسل بالخل فيمتخل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب فيه الخمر ثم مائي خلايطه في الحال على ما قالوا قال (وبكره شرب دردي الخمر والامتناع به) لان فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالخمر حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا أو ديرة دابة ولا أن يسقى ذميا ولا أن يسقى صبيلا للتداوى والوبال على من سقاه وكذا لا يسقى الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها أما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو ألقى الدردى في الخل لا بأس به لانه يصير حلالا لكن يساح حمل الخمر اليه لاعداده لما قلنا قال (ولا يحسد شربه) أي شارب الدردى (ان لم يسكر) وقال الشافعي يحسد لانه شرب جزأ من الخمر ولنا أن قبله لا يدعوا الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبهه غير الخمر من الاشربة ولا حذفها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثقل فصارت اذا غلب عليه الماء بالامتزاج (وبكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل) لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقاة لا تؤكل انتجسها لم يسلح لاحد ما لم يسكر منه لانه أصابه الطبخ وبكره أكل خبز عجن بعينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير والاصل أن ما ذهب بعلمانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دواقر من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دواقر ويبقى الثلث فيحل

الحل في الاول وقد تشبث صاحب الغاية في ترويح نظره بقول القدروري الاول ولم يتعرض لقوله الثاني وكان صاحب الكافي فهم ركازة فيما ذكره المصنف ههنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل أن يقع لفظ التمر في قول المصنف أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سمعنا من نفس المصنف أو من التامخ الاول الا أنه يبقى نوع قصور في التعليق الذي ذكره ههنا عن افادة المدعي في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب في التعليق قط ثم اعلم أن تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتأتى في التمر والزبيب على ما قال في المختصر انه يكتب في فيه ما بأدنى طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقتنى أثره العيني قلت ويؤيده ما ذكره في الفصل الثاني من كتاب الاشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب أدنى طبخة فهو النيذ ويحل شربه مادام حلوا أو ما اذا غلي واشتد وقذف بالزبد فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رجحما لله في ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي رجحما لله لا يحل وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى والله الموفق

فصل في طبخ العصير قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالاشربة لتعليمه بالاشربة تعليمه بالبقاء ما هو حلال على حله الدورق مكيا

المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة (ولا يحسد شارب الدردى ان لم يسكر) خلافا للشافعي قال لانه شرب جزأ من الخمر فيجب الحد ولنا الخ واضح

فصل في طبخ العصير لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالاشربة تعليمه بالبقاء ما هو حلال على حله الدورق مكيا للشراب وهو عجمي

قوله (وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه) قال في النهاية كان محمدا علم أن العصار على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء أولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا فحصل الجواب فيه تفصيلا وحاصلا انه أن الماء متى ما كان أسرع ذهابا فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث العصار وان كانا يذهبان معا فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله (ففي الوجه الاول) يعني ما يذهب فيه الماء أولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته أن يجعل كل عشرة من الماء والعصار على ثلاثة أسهم لاننا نحتاج الى أن تجعل عشرة دوارق عصار على ثلاثة لحاجتنا الى الثلث والثلثين فيكون الماسة والعصار ثلاثة والكل تسعة أسهم فاذهب الماء أولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب (١٦٨) يجعل كان لم يكن لانه ما بقي العصار لا غير وهو ثلاثة أسهم فيطبخ حتى يذهب

لان الذي يذهب زبد هو العصار وما عازجه وأياما كان جعل كان العصار تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة وأصل آخر أن العصار اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم يطبخ بمائه ان كان الماء أسرع ذهابا بالرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصار فلا بد من ذهاب ثلثي العصار وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيجلى لانه ذهب الثلثان ماء وعصارا والثلث الباقي ماء وعصار فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصار بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصار وعشرون دوارق ماء في الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصار وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة أو دفعات سواء اذا حصل قبل أن يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلي حتى ذهب الثلثان يحل لانه أثر النار وأصل آخر أن العصار اذا طبخ فذهب بعضه ثم أهرق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فمخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصار يطبخ حتى يذهب رطل ثم أهرق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصار كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب هو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعين فعرفت أن الحلال فيما بقي منه رطلان وتسعين وعلى هذا تخرج المسائل

ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصار الى أن يذهب ثلثاه (قوله لان الذي يذهب زبد هو العصار وما عازجه وأياما كان جعل كان العصار تسعة فيكون ثلثها ثلاثة) أقول فيه شيء وهو أن وجه جعل العصار تسعة دوارق على تقدير أن يكون الذاهب زبد هو العصار غير ظاهر اذا لا يكون حينئذ فرق بين الذاهب زبد من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصارا فاذا اجاز اعتبار بعض منها هو الذاهب زبد في حكم العدم بلا أمر بوجه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضا في حكم العدم عند ذهابها بالطبخ والاظهر في تعليل هذا الاصل أن يقال لان الذي يذهب زبد اذا جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصار فصار كالوصب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن أصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد في الاصل عشرة دوارق عصار تصب في قدر فتطبخ فتغلي وتذوق بالزبد فيعمل بأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذي أخذ منه وذلك لان ما أخذ من الدورق زبد فيعمل كأنه لم يكن لان الزبد ليس بعصار واذا لم يكن الزبد عصار يعتبر بما لو كان صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصار وهي تسعة

أثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله (بيانه عشرة أرطال عصار الى قوله فعرفت أن الحلال ما بقي منه رطلان وتسعين) وهذا لان الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شيء تسعة أرطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي أنسا عا فاذا انصب منه ثلاثة أرطال فهذا في المعنى ثلاثة أرطال وثلاثة أتباع رطل فيكون الباقي منه ستة أرطال وستة أتباع رطل فيطبخ حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسع أرطال (قوله وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه ما بقي العصار لا غير) أقول قوله لانه أي لان الشأن ولفتة ما في قوله ما بقي موصولة والله أعلم

ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله (وفي الوجه الثاني) يعني الذي يذهب الماء والعصار معا (يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة) لانه يذهب بالغليان ثلثا العصار وثلثا الماء والباقي ثلث العصار وثلث الماء فهو وما لو صب الماء في العصار بعد ما صار مثلثا سواء وقوله (يحل) لانه أثر النار مثاله لو طبخ عصار حتى ذهب ثلاثة أخماسه وبقي خمسه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء هذا بخلاف ما اذا برد قبل أن يصير مثلثا ثم غلي واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء فإنه لا يحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه

وقوله (ولهاطر يق آخر) قيل هو أن يحمل الذاهب بالغلبان من الحرام لأنه انما يطبخ ليسذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة أرطال حرام وهو ستة أرطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلثة أرطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة أرطال والحلال منها ثلثة أرطال وثلث رطل والحرام خمسة أرطال وثلثا رطل فإذا أريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لأنه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال أو بالحرام وكان الذاهب منه ما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسع رطل ولورمت زيادة الانكشاف فأجعل كل رطل تسعالا احتياجا إلى حساب له ثلث وثلثه ثلث وهو تسعة فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهما وقد أريق ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسع رطل

﴿ كتاب الصيد ﴾

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة (١٦٩) والصيد مما يورث السرور الا أنه قدم

الاشربة لحرمها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الخلافة وقد يكون الفرح والصيد مصدر وقد يراد به المفعول

وهو حلال وحرام لان الصائد اما أن يكون محرما أو لا فان كان فهو حرام وان لم يكن فأما أن اصطاد في الحرم أو لا فان اصطاد فيه فكذلك والافه وحلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الارسال وأن لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الارسال والاخذ بذهب آخر وخسة في المكاب أن يكون معلما

ولهاطر يق آخر وفيما اكتفيناه بكفاية وهداية الى تخريج غيرهما من المسائل

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حلالتم فاصطادوا

دوارق فكذلك هذا الى هنا لفظه (قوله وفيما اكتفيناه بكفاية وهداية الى تخريج غيرهما من المسائل) قلت فيه ايها لطيف الكتابية المسمى أحدهم اكتب كفاية المنتهى والاخر بالهداية

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي يورث السرور والنشاط في الادعى الا أن السرور في الاشربة المباحة أكثر لأنه بأمر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بأمر خارج فكان الاول أقوى وصار بالتقديم أولى انتهى أقول فيه نظر أما أولا فلان وضع كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والاذا ذكر فيه كل اشربة مباحة على التفصيل مع أنه لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا بذكر قليل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجهه ما حتى وقع لاجله الخلاف من بعض العلماء في حله على أنهم صرحوا في أول كتاب الاشربة بأن الاشربة بجمع شراب والشراب عند أهل الشرع اسم لما هو حرام من المسائعات فامعنى قوله ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي يورث السرور وأما ثانيا فلان ما ذكره هنا لا يناسب ما ذكره في أول كتاب الاشربة فإنه قال هناك ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لأنه حلال والاشربة فيها الحرام كالتجرات انتهى فعد جعل هناك وجه تأخير الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبتها بالصيد باهتمام ايراث السرور في كلامه في المقامين تناقرا لا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة وفي تقديم الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها (قوله الصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد) يعني أن الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو أخذ الصيد كالاحتطاب وهو

(٢٣ - تكهله ثامن)

وأما بذهب على سنن الارسال وأن لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وأن يقتله جرحا وأن لا يأكل منه وخسة في الصيد أن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من نبات الماء الا السمك وأن يمنع نفسه بجناحه أو قوائمه وأن لا يكون متقويا بآتيابه أو مغلبله وأن يموت بهذا

﴿ كتاب الصيد ﴾

مر في فصل جناية الصيد من كتاب الحج تعريفاً للصيد (قوله من حيث ان كل واحد من الاشربة) أقول ومن حيث ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها للاشربة غير خفية ثم كأن منها حلالا وحراما كذلك من الصيد ما هو حلال وحرام (قوله الا أنه قدم الاشربة) أقول لا يقال كونها مع الشرب شبهة عرق واحد يكفي في وجه تقديمها على الصيد لأنه لا بدع أحد عدم الكفاية وانما المقصود ابداء وجه آخر لا مشاحة فيه (قوله وان يموت بهذا) أقول قوله وان يموت بهذا مستدرك بعد قوله وان يقتله جرحا

قبل أن يصل الذبيحة كذا في النهاية منسوبة إلى الخلاصة وفيه تسامح لأن هذا شرط الاصطيد لا كل بالكل لا غير على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كالواشتغل بعمل (١٧٠) آخر لكن أدركه حيا فذبحه وكذا إذا لم يموت بهذا لكنه

ذبحه فإنه صيده وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى وإذا جلدتم فاصطادوا فإن أدنى مرتبة الأمر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فإنه يدل على الحل إذا زال الاحرام

(قوله قبل أن يصل إلى ذبحه) أقول واللا يكون صيدا محضا والكلام في حله (قوله وفيه تسامح) لأن هذا شرط الاصطيد لا كل بالكل) أقول فيه تسامح بل شرط حل الصيد (قوله لا غير) أقول يعني لا غيره من سباع الطيور (قوله على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم الخ) أقول مراد صاحب الخلاصة ببيان شرائط حل صيد قتل الكلب ولم يكن فيه آفة غيره فليست أم (قوله وكذا إذا لم يموت بهذا) أقول ناظر إلى قوله وان يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه (قال المصنف وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) أقول ما دام لتوقيت فعل بمدة ثبوت مصدر خبره الماعل ذلك المصدر فانت في قولك

وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما

أخذ الخطب ثم يراد به ما يصاد مجازا لا فالاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الأذى بأصل الخلقة ما كولا كان أو غيره أكل كذا في غاية البيان قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا خمسة في الصيد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الأرسال وأن لا يشاركه في الأرسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الأرسال والاختصاص بخمسة في الكلب منها أن يكون معلما وأن يذهب على سنن الأرسال وأن لا يشاركه في الاختصاص بالكل صيده وأن يقتله جرحا أو لا يأكل منه وخمسة في الصيد منها أن لا يكون متقويا بأن يسهل أو يخلبه وأن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من نبات الماء سوى السمك وأن يمنع نفسه بجنابه أو قوائمه وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه انتهى وذكر هذه الشروط في النهاية وغاية البيان أيضا نقلنا عن الخلاصة وذكرها صاحب العناية أيضا وقال كذا في النهاية منسوبة إلى الخلاصة وقدح بعض الفضلاء في واحد من هاتيك الشروط حيث قال قوله وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه مستدركه بعد قوله وأن يقتله جرحا انتهى أقول لاستدراكه فيه لأن الشرط الذي أريد بقوله وأن يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فإنه لا يحل أكله حينئذ كما يستتف عليه وكذا الشرط الذي أريد بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه ليس مجرد موته بل موته قبل أن يصل إلى ذبحه إذ لو مات بذلك بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه لم يحل أكله إن لم يذبحه المرسل كما ستعرفه أيضا ولا شك أن اشتراط أن يقتله الكلب جرحا لا يفتي عن اشتراط أن يموت الصيد بجرح الكلب قبل أن يصل المرسل إلى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحا بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه فحينئذ لا يحل أكله فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لأن هذا شرط الاصطيد لا كل بالكل لا غير على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كالواشتغل بعمل آخر لكن أدركه حيا فذبحه وكذا إذا لم يموت بهذا لكنه ذبحه فإنه صيد وهو حلال انتهى أقول يمكن أن يعتذر عما ذكره في علوته بأن الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصيد حيا بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والبازي والرمي وصار مذبوحا بالذبح الاضطرابي وما أدركه حيا فذبحه لا يكون صيدا محضا بل يصير لمحقا سائر ما يذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح لأن هذا شرط الاصطيد لا كل بالكل حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد أقول انظر أن مراد صاحب النهاية بالاصطيد في قوله لأن هذا شرط الاصطيد لا كل هو الاصطيد الشرعي وهو ما كان حلالا فيقول معنى قوله شرط الاصطيد إلى شرط حل الصيد فإن هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد ولا يبيح بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة فإنه راجع إلى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة ببيان شرائط حل صيد قتل الكلب ولم يكن فيه آفة غيره فليست أم انتهى أقول لا يذهب عليك أن كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التخصيص في البيان فإنه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من أنواع الصيد وتولي بيان شرائط سائر أنواعه بلا ضرورة داعية إليه (قوله وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) مد التحريم إلى غاية فاقضى الاباحة فيما رواه تلك الغاية كذا

وقوله

اجلس ما دام زيد قائما أي بوقت جلوس المخاطب بمدة ثبوت قيام أبي زيد وما التفتي في ما دام مصدرة والمضاف الذي هو الزمان محذوف أي مدة دوام قيام أبي زيد كذا في شرح الرضي

وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه أحل لكم صيد البحر كان أنسب وأما السنة فقولہ صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لاحد في اباحته فكان اجماعا وقوله (ولانه نوع اكنساب والا كنساب مباح كالاحتطاب) استدلال بالمعقول

﴿فصل في الجوارح﴾ قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما أن آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جاد ولافاضل تقدم على المفضل
قال (ويجوز الاصطيد بالكلب المعلم الخ) يجوز الاصطيد بالكلب المعلم (١٧١) والقهيد المعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح

ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان أكل منه فلانا كل لانه انما أمسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلانا كل فانك انما سميت على كلبك ولم تقسم على كلب غيرك وعلى اباحته انفعدا لاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما ينحو به الكتاب فصلان أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي
(فصل في الجوارح) قال (ويجوز الاصطياد بالكل المعلم والفهد والباري وسائر الجوارح الملعمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذئب من السباع وذئ مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خبير فيما سوى ذلك الا ان تدرئ ذكاته)

قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظر لانه استدل بعفهوم الغاية وهو ليس بحجة اه
اقول لانسلم أن مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح
في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان المخلص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله
تعالى ولا تقرهون حتى يظهرن

فصل في الجوارح ﴿١﴾ قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان آلة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد وللحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضول كذا في الشروح (قوله وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخالب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته) قال صاحب العناية انما ورد رواية الجامع الصغير بقوله ولا خير فيما سوى ذلك أي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخالب فان رواية القدوري يدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير يدل على الاثبات والنفي جميعا انتهى أقول فيه شيء اذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بأن تخصيص الشيء بالذكري الروايات يدل على نفي الحكم عما عداها بالاتفاق فرواية القدوري أيضا تدل على اثبات جواز الاصطياد بما ذكره ونفي جوازه عما سوى ذلك فلا يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير اللهم الا أن يكون مراده أن رواية القدوري تدل بمنطوقها على الاثبات لا غير وان دلت بقه ومها على النفي أيضا وأما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الاثبات والنفي معا لكن لا يظهر حينئذ في ايراد رواية الجامع الصغير كبر نفع كالا يخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير لمقتضى لا بأس مع ثبوت اباحة الاصطياد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه لبعض وهو الخنزير والاسد والذب والنص اذا خص منه البعض يصير ظنيما فيتمكن فيه الشبهة كما عرفت في الاصول فلذلك ذكر بلقط لا بأس انتهى أقول فيه نظر لان الخنزير مخصوص من النص لمذكور بالبقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرفت في علم الاصول ان النص الذي خص به شيء بالعقل لا يصير ظنيما بل يكون قطعيا لكونه في حكم الاستثناء وقد أشار اليه

(قوله وفيه - نظم - ولأنه

استدلال بفهوم الغاية وهو ليس بحجة) أقول في التلويح مفهوم الغاية حجة بالاتفاق مع أنه يجوز أن يكون المقصود بيان حرمة المحرم
المعروفة من قوله لغیر المحرم وبشبه جوازہ لغیر المحرم بالاباحة الأصلية ولقوله تعالى خلق لكم ما في الأرض جميعا انتهى وفيه بحث إذ
الكلام في حل الفعل ثم لو ثبت الجواز بالاباحة الأصلية لم يفتح إلى الدليل وذلك لأن الأصل في الحل بالذبح هو الذبح الاختياري
والاضطراري على خلاف الأصل

﴿فصل في الجوارح﴾ (قوله فان رواية القدوري تدل الخ) أقول تعليل لقوله وانما أورد رواية الجامع الصغير

(والاضل في ذلك) أي في جواز الاصطدام بالمد كورقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكليين وذلك لانه معطوف على قوله تعالى أحل لكم الطيبات أي أحل لكم الطيبات وصيها ما علمتم وفيه نظر لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القرآن وههنا قد دل على قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا أحل لهم فإن لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز أن يكون (١٧٣) وما علمتم من الجوارح شريطة وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض

المد كور فالجل عليه أولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقور والبازي والشاهين وغيرهما قال الله تعالى أم حسب الذين أخرجوا السبات وأنما قال في تأويل لانه في تأويل أخرجه التي تخرج من الجراحة والمكليين بمعنى المسلمين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التأديب غالباً في الكلاب اشتق من لفظه وفيه إشارة إلى نفي ما ذهب إليه ابن عمر ومجاهد رضي الله عنهم أنه لا يجوز الاصطياد إلا بالكل مستدين بلفظ مكليين واستدل المصنف رحمه الله على صحة التأويل بعوم حديث عدي بن حاتم

(قوله لانه معطوف على قوله أحل لكم الطيبات) أقول فيه تسامح لانه معطوف على الطيبات (قوله وصيها ما علمتم) أقول والقرينة على تقدير الصيد قوله تعالى فكلوا مما أمسكن فليفهم (قوله وفيه نظر لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم) أقول ليس ذلك من القرآن في النظم لان

والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكليين والجوارح الكواسب قال في تأويل المكليين المسلمون فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي

المصنف بقوله فيما بعد والخزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به وأما الاسد والذئب فليس باذليلين رأساً في النص المذكور لانهم صرحوا بأن الاسد والذئب لا يصلحان للتعليم لانهما لا يعملان للغير فلم يدخل تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا ينبغي أن تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه أو لا فإذا لم يدخل في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولحق سلم كون كل من تلك الثلاثة مخصوصاً من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منهما منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيماً إذ قد تقرر في علم الأصول أن العام الذي أخرج منه البعض بكلام مستقل انما يصير ظنيماً إذا كان المخرج موصولاً بذلك وأما إذا لم يكن موصولاً به فيكون قطعياً في الباقي ويطلق على مثل هذا الأخراج في عرف أهل الأصول التسخير دون التخصيص ولا شك أن مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيماً بل قطعياً تبصر (قوله والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكليين) وذلك لانه عطف على الطيبات في قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات أي أحل لكم الطيبات وصيها ما علمتم من الجوارح كذا في الكافي والشيرواح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القرآن وههنا قد دل على قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم فإن لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى أقول نظره فاسد وجوابه كاسد أما الاول فلان اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لامحالة مقرر في علم النحو بل ارتباب فيلزم في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الاحلال ضرورة وقول الاصوليين القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ليس بانكاراً لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه أن مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون أن يتحقق أمر مقتضى المقارنة في الحكم أيضاً فيما نحن فيه وقد تحقق ذلك وهو قضية العطف وأما الثاني فلان لقائل أن يقول انما يلزم من أن لا يكون وما علمتم من الجوارح مقارناله لأحل لكم الطيبات أن لا يكون ذكره على ما ينبغي لو كان وما علمتم من الجوارح داخل تحت جواب قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم ومن يقول ان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول يجوز أن يكون جواب ذلك قل أحل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاماً مستقلاً مسوقاً لبيان حكم جديد ولا فائدة فائدة أخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شريطة وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالجل عليه أولى أقول في تفريع قوله فالجل عليه أولى خلل لان الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الاول بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ولا ينبغي أن تعين معنى الآية أو رجحان أحد محتمليها الاتوقف على تمام الاستدلال به ابل الامر بالعكس فامعنى تفريع قوله فالجل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور (قوله والجوارح الكواسب قال في تأويل والمكليين المسلمون فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي)

قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مفرد معطوف على الطيبات بتقدير المضاف في حكم الاحلال رضي ضرورة (قوله ولكن لما كان التأديب غالباً في الكلاب اشتق من لفظه) أقول فان قيل ما الحاجة إلى هذا العذر بعدما ذكره المصنف من أن اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الامد قلنا ليتناول جوارح الطيور فالمراد بالكلب في قوله في الكلاب ما يعم كل سبع حقورد في فلبسنا (قال المصنف دل عليه ما روينا من حديث عدي) أقول لكن لا دلالة فيه على عموم جوارح الطيور بخلاف الآية

وقال واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه الصلاة والسلام في دعائه اللهم سلط عليه كابن كلابك فافترسه الاسد وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله) متعلق بقوله فيتناول الكل بعومه وقوله (ولان آية تعليمه ترك ما هو مألوفه عادة) قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأق في الفهد والتمرفاته متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا (١٧٣)

(قوله قيل فيه نظر) أقول
القائل صاحب النهاية
وصاحب الكفاية وصاحب
معراج الدراية (قوله وليس
بوارد لانه انما ذكره فرقا بين
البازي والكلب) أقول لا يخفى
عليك ما في ذكره من البعد
وانه كآفة فان كلا الدليلين
لأبواب الفرق بين الكلب
والبازي واذا علم الكلب في
الاول لسائر ذوات الناب ففي
الثاني يكون كذلك ولعل
الاولى أن يجاب بأنه لما
كانت ذوات الناب كلها اجنسا
واحدا وكان أكثر ما يستعمل
منها في الصيد أو فاع أن
في طبع غيره الاف أيضا
على ما تراه في الذئب والاسد
وغيرهما اذ اربى من صغره
في البيت بخلاف جوارح
الطيور جعل الكل في حكم
واحد في التعليم يعني أدير
حكم التعليم على جنس
الكل ليسرا كما في نظائره
فليتأمل (قال المصنف ولان
بدن البازي لا يحتمل الضرب)
أقول يعني لا يمكن تعليمه
بترك الاكل بالاضرب حالة
الاكل وجنته لا تختمل
الضرب فاما جنة الكلب
فتمتله (قال المصنف

رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن أبي يوسف أنه استثنى من ذلك الاسد والذئب لانهم لا يبعون لان غيرهما الاسد له اوهمة والذئب لخساسته وألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلون من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا فيترسل بارساله ويعسكه عليه قال (تعليم الكلب أن يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي أن يرجع ويحجب اذا دعوته) وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمل الضرب لتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متفرق كانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهو ذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان في ادونه مزيد الاحتمال فله تركه مرة أو مرتين شيئا فاذ تركه ثلاثا دل على أنه صار عادة وهذا الان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاه الاعذار

قال صاحب العناية واستدل المصنف على صحة التأويل بعوم حديث عدي بن حاتم أقول لاصحة لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذي مسكة أن ليس مقصود المصنف بيان صحة تأويل دون صحة تأويل آخر اذ لا تنافي بين التأويلين كما سيجي في الكتاب وأيضاً بعوم حديث عدي بن حاتم في التأويل الآخر وهو أن يكون الجوارح هي التي تجرح من الجراحة بل يوافقه أيضاً في معنى الاستدلال بعومه على صحة تأويل دون آخر فالظاهر أن مراد المصنف بقوله دل عليه ما روينا من حديث عدي انما هو الاستدلال على تناول ما في الآية الكل بحديث عدي بن حاتم فالعنى دل على تناول الكل ما روينا من حديث عدي وبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقي شيء في كلام المصنف وهو أن المدعى جواز الاصطياح بكل شيء علمته من ذئب ناب من السباع وذئب مخلب من الطير فالمراد بالتناول في قوله فيتناول الكل بعومه انما هو تناول لكل ما في المدعى ولا يخفى أن حديث عدي لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير أن يراد بالكل المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف (قوله لان ما تلون من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال) أقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلاه من الآية ناطقا بالتعليم وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال مما لا كلام فيه وأما كون ما تلاه من الآية ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى ههنا وباشتراط الارسال أيضا فليس بظاهراً وانما يدل على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا في الأدلة الشرعية كما عرف (قوله ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متفرق كانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب)

فيضرب لتركه) أقول فان قيل وجوب ترك الاكل لصيرورة الكلب معلماً انما هو لان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة فلا بد من ملاحظة الدليل الثاني في انعام الاول فيفوت استقلاله قلنا بل يثبت ذلك بقوله تعالى فكلوا مما أمسكن أي لم يأكل اذ يعلم منه أن ترك الاكل شرط في حل كل الصيد فلا تفسد الحاجة الى تلك الملاحظة وفيه بحث اذ دلالة فيه على كون الامساك شرطاً للتعليم كما لا يخفى على المتأمل والاعلم في الطير

كافي مدة الخيار وفي بعض قصص الاخبار ولان الكثير هو الذي يقع اماره على العلم دون القليل
والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فتقدر بها وعند أي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم
ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهاد ابل نصوصا وسماعا
ولا سمع فينقض الى رأي المتبني به كما هو أصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده
ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث
صيد كلب جاهل وصار كالنصرف المباشر في سكوت المولى وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد
جائحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال
(واذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذ كراسم الله تعالى عند إرساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حل
أكله) لما روي من حديث عدي رضى الله عنه ولان الكلب أو البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة
الا بالاستعمال وذلك فيه ما لا إرسال فنزل منزلة الرمي وامر ارا السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه
ناسيا حل أيضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية
ليتحقق الذكاة الاضطرابي وهو الجرح في أي موضع كان من البدن بانتهاب ما وجد من الآلة اليه
بالاستعمال

قال صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا يتأق في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه
وفي الكلب سواء فالعتمد هو الاول كذا في المبسوط انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعرّاج
الدراية وزعم صاحب العناية أنه ليس بوارد حيث قال قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأق في الفهد
والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره
فرق بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا أريد الفرق عموما فالعتمد هو الاول الى هنا لفظه أقول
ما قاله عذر بارد وتوجيه كاسد لان اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المصنف فيما مر
أنفا والظاهر أن المراد بالكلب في المدعى ههنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والايان
أن يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد في التعليل أيضا هو الفرق عموما والذي يفيد الفرق
عموما هو التعليل الاول دون الثاني فالعتمد هو الاول كما ذكر في عامة المعتمدين حتى المبسوط ثم ان بعض
الفضلاء بعد أن تبسّل ما قاله صاحب العناية من الركاكة قال ولعل الاول أن يجاب بأنه لما كانت
ذوات الناب كاهاجنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد ألوف فمع أن في طبع غيره الاف
أيضا على ما تراه في الذئب والاسد وغيرهما اذا ربي من صغره في البيت بخلاف جوارح الطير جعل
الكل في حكم واحد في التعليم يعني أدبر حكم التلميم على جنس الكلب تيسيرا كما في نظائره فليتامل
اه أقول ليس هذا أيضا بسديد اذ بعد ما تقر بأن الفهد والنمر مما لا يتأق فيهما الاف بل هما متوحشان
كالبازي لا يكون جعل أنواع الكلب كاهما في حكم واحد وادارة حكم التعليل على جنس الكلب من
باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد بل يلزم انذاره أن يجعل المتوحش على الالوف وهو
غير ميسر لا محالة ثم أقول بقي شيء في التعليل الاول أيضا وهو أنه قد ذكر في عامة المعتمدين أن شمس
الأمّة السرخسي قال ناقلا عن شيخه شمس الأمّة الحلواني للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ
ذلك منه وعدمها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك
فقد ظهر منه أن نحمل بدن الفهد بالضرب لا يجدي شيئا في حق تعليمه وقد كان مدار الفرق بين البازي
والكلب في التعليل الاول هو أن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيرد عليه أن
يجرد احتمال بدن الكلب بالضرب لا يفيد المدعى في حق الفهد اذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتأمل

وقوله (وفي بعض قصص
الاخبار) قيل أراد به حكاية
موسى مع الخضر عليه ما
الصلاة والسلام حيث
قال في الكرة الثالثة هذا
فسراق بيني وبينك وقوله
(كما هو أصله في جنسها)
أي أصل أبي حنيفة رحمه
الله في جنس المقادير نحو
حبس الغريم وحدث القدام
وتقدير ما غلب في تزج ماء
المتر المعينة وقوله (وله)
أنه آية تعليمه عنده) أي
أن تركه الاكل علامة تعليمه
عند الثالث لانه انما يحكم
بكونه معلما بطريق تعيين
امساكه الثالث على صاحبه
واذا حكمنا أنه يمكنه على
صاحبه وقد أخذ بعد
إرسال صاحبه فحل وقوله
(فظاهر الرواية) يريد رواية
الزيادات فانه قال لو قتل
الكلب أو البازي الصيد
من غير جرح لا يحل وأشار
في الاصل الى أنه يحل
والفتوى على ظاهر الرواية
(قال المصنف كافي مدة
الخيار) أقول لا ينقض
هذا على مذهبهما

وقوله (في تأويل) يعني غير ما أولناه أولا وهـ وقوله والجوارح الكسب في تأويل ذلك ما يكون جارح حقيقة بناءه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب بمعنى يجمع في الآية بين التأويلين لعدم التنافي بينهما وذلك لأن الأصل أن النص إذا ورد وفيه اختلاف المعاني فإن كان بينهما تنافي يحمل على أحدهما بدليل يوجب الترجيح وإن لم يكن بينهما تنافى ثبت الجميع أخذاً بالمتيقن كافي قوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن قيل أريد به الحمل وقيل الحيض والصحيح أنهم ما مراد أن لانه لاتنافي ههنا وفيه نظر لان الجرح إما أن يكون مشتركين الكسب (١٧٥) والجرح الذي تحصل به الجراحة أو يكون حقيقة في أحدهما

بمجاز في الآخر والمشارك لاعمومه والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ وقوله (وفيه) أي في الجارح الكاسب أخذ باليقين وقوله (رجوعاً الى التأويل الاول) يعني ما سبق من الكسب وقوله (وجوابه ما قلنا) يعني قوله لا منافاة بينهما وفيه أخذ باليقين

(قوله وفيه نظر) أقول سبق الى هذا النظر نظر الاتفاق (قوله والجرح التي) أقول الظاهر أن يقال والجرح الذي (قوله والجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز عندنا الخ) أقول ويمكن أن يجاب عن هذا النظر بحمل قوله على الجارح الكاسب على المجاز اما على طريقة ذكر السبب واردة المسبب فيكون

وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشي الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بناءه ومخلبه ولاتنافي وفيه أخذ باليقين وعن أبي يوسف أنه لا يشترط رجوعاً الى التأويل الاول وجوابه ما قلنا قال (فأما كل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وإن أكل منه البازي أكل) والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي رضي الله عنه

(قوله وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشي الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بناءه ومخلبه ولاتنافي وفيه أخذ باليقين) وذلك لأن النص إذا ورد فيه اختلاف المعاني فإن كان بينهما تنافي ثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه لا الجميع وإن لم يكن بينهما تنافى ثبت الجميع أخذاً بالمتيقن كافي قوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن قيل أريد به الحمل وقيل الحيض والصحيح أنهم ما مراد أن لانه لاتنافي بينهما فكذا ههنا لاتنافي بين الكسب والجراحة كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية فأقول على ما قالوا يلزمه عموم المشتركة في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال وفيه نظر لان الجرح إما أن يكون مشتركين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة أو يكون حقيقة في أحدهما بمجاز في الآخر والمشارك لاعمومه والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ الى هنا كلامه أقول يمكن الجواب عنه بأن مراد المصنف من قوله يحمل على الجارح الكاسب بناءه ومخلبه أنه يجمع في الاعتبار والعمل بين كلاً مما في النص المذكور من التأويلين لعدم التنافي بينهما وفيه أخذ بالمتيقن اذ هو جدي المجموع كل واحد منهما فأما من مراد في النظم الشريف كان مأخوذاً في الاعتبار والعمل وليس مراده أن كلاً التأويلين برادان معاً لفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الاثبات أو الجمع بين الحقيقة والمجاز وصاحب العناية لم يزل يصرح أن مرادهم هو الثاني قال في تفسير قول المصنف فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التأويلين وكان حق التفسير أن يقال يعني يجمع في الاعتبار والعمل بين التأويلين كما ثبت عليه آنفاً وقال صاحب معراج الدراية ههنا فاقيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المشترك لان الجوارح إما أن تكون حقيقة في الكسب أو بمجاز قلنا لا كذلك بل الجوارح أخص من الكسب فلو كان المراد بالكسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى أقول جوابه ليس بسد لئلا يكون الجوارح أخص من الكسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السؤال اذ لا شك أن مفهوم الأخص بغير مفهوم الأعم والاي لزم أن يكون الشيء أخص من نفسه وهو ظاهر البطلان ولا ريب ان اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان أحدهما أخص من الآخر أم لا الباطن في الاشتراك أو بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم أحد المحذورين المذكورين في السؤال قطعاً على تقدير ارادتهم معاً لفظ واحد (قوله وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي) أقول في كلامه

المراد اشتراط الجرح والكسب أو على طريقة الاستعارة التبعية فيه بأن يشبه الحمل على الجرح المستلزم للكسب بالحمل على كلاً المعنيين فيدفع تعارض الثاني للاول ثم يستحق منه الفعل ولا يخفى عليه أولوية الحمل على الجرح من الحمل على الكسب لانطواء الاول على الثاني بدون العكس ويحتمل أن يجوز المصنف الجمع بين معني المشترك في هذه الصورة كما يجوز في النقي على ما سيجي في الوصايا وعلل هناك بعدم المناقاة أيضاً (قال المصنف وهو مؤيد بما روينا) أقول جعله مؤيداً للاجبة أخرى لعدم وفاته بتمام المدعى

فان قيل روى أبو ثعلبة الخشني

(١٧٦)

وفوله (وهو حجة على مالك والشافعي رحمه الله في قوله القديم في اباحه ما كل الكلب منه) يعني حديث عدي رضى الله عنه رضى الله عنه أنه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان أكل

منه وذلك دليل واضح لهمما أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك عليهم أن لا يأكل منه وحين أكل منه دل على أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله عليه السلام في حديث عدي فان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه وقوله (على اختلاف الروايات كما بينها ابتداء) أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ وقوله (وأما الصيد التي أخذها من قبل) واضح وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يؤكل أن أباحه بجمعه كجهله مستندا

(قوله أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك الخ) أقول فيه بحث فانه لا دلالة في الآية على النهي عن الأكل على تقدير انتفاء الامساك ومفهوم المخالفة غير معتبر فإن المعارضة والمنطوق أقوى عند المعتبرين للفهوم فلا يتحقق المعارضة أيضا (قوله أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ) أقول فيه بحث بل الظاهر أن المراد ثبوت التعليم عنده عند غلبة ظن الصائد أنه لم يلمس وفي رواية أخرى موافق المذهب ما يثبت به تركه

وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحه ما كل الكلب منه (ولو أنه صاد صيد أولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد) لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلمي على اختلاف الروايات كما بينها في الابتداء وأما الصيد التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانه عدم المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد ثبوت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما

هذا ركاكة لان ضمير هو في قوله وهو مؤيدان كان راجعا الى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب تحريره يرد عليه أن حديث عدي لا يفيد الفرق المذكور أصلا فانه انما يدل على أن لا يؤكل ما كل منه الكلب ولا يدل على أن يؤكل ما كل منه البازي وإفادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهم ما معاوان كان راجعا الى مضمون قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل كان حق قوله وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي أن يذ كر عقيب قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وما وسط بينهما قوله وان أكل منه البازي أكل وقوله والفرق ما بينها في دلالة التعليم كان الكلام قلنا كما لا يخفى (قوله وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحه ما كل الكلب منه) فان قيل روى أبو ثعلبة الخشني رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال له في صيد الكلب كل وان أكل منه وذلك دليل واضح لهمما أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك عليهم أن لا يأكل منه وحين أكل منه دل على أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عدي فان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه كذا في العناية أخذنا من النهاية أقول يرد على هذا الجواب أن قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم انما يدل على اباحه ما كل ما لم يأكل منه الكلب ولا يدل على عدم اباحه ما كل ما كل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف في علم الاصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم حتى يلزم أن يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يقال يحصل بهذا الجواب الزام الشافعي لان مفهوم المخالفة حجة عنده وهذا القدر كاف في صحة الجواب لانه لا يقول لا يحصل الزامه أيضا لان من يقول بكون المفهوم حجة لا ينكر أن المنطوق أقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده أيضا والحق عندى في الجواب عن أصل السؤال أن يقال حديث أبي ثعلبة معارض بحديث عدي وحديث عدي مرجح على حديث أبي ثعلبة لان حديثه يحل ما كل منه الكلب وحديث عدي يحرمه وقد عرف في أصول الفقه أن المحرم يرجح على المحلل عند التعارض فيجعل ناسخه فوجب العمل بحديث عدي دون حديث أبي ثعلبة (قوله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلمي على اختلاف الروايات كما بينها في الابتداء) قال صاحب العناية أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ أقول تفسير مراد المصنف بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيما ذكره المصنف بقوله يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ روايتين لا غير رواية عن أبي خنيفة وهي حل ما اصطاده ثالثا ورواية عن أبي يوسف ومحمد وهي عدم حل ذلك وقد قال المصنف ههنا على اختلاف الروايات كما بينها بصيغة الجمع فكيف يتصور أن يكون مراده ما ذهب اليه الشارح المذكور فالصواب أن مراد المصنف بقوله ههنا على اختلاف الروايات كما بينها في الابتداء وهو الاشارة الى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الأكل ثلاثا وهذا عندنا وهو رواية عن أبي خنيفة الى آخر ما ذكره في تلك المسئلة فحينئذ تتحقق الروايات وتنظم صيغة الجمع كما

وهما يقولان بالافتصار على ما كل لان ما أحرزه المالك حكم بإباحته باجتهاد وقد حصل (١٧٧) المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض

باجتهاد آخر مثله بعده
والجواب ما قال وتبديل
الاجتهاد قبيل حصول
المقصود لان المقصود هو
الاكل ومثل ذلك ينقض
باجتهاد آخر كتبديل اجتهاد
القاضي قبيل القضاء وما
قال أبو حنيفة أقرب إلى
الاحتياط وعليه مبنى الحل
والحرمة ولم يذكر ما ذاباع
شيء من صيوده المقدرة
والحكم فيه كالذي فيه
الخلاف اذا تصادق البائع
والمشتري على جهالة الكلب
وقوله (ولو أن صقرا فر من
صاحبه فكث حينئذ
صاد) يعني بعد ما رجع
إلى صاحبه لم يؤكل وأما
قبل الرجوع إليه فلا شبهة
في حرمة ما صاده لا تنفاه
الارسال ومسئلة الوثبة في
الكتاب معلومة وطول
بالفرق بين ما وثب فأخذ
من صاحبه وأكل وبين
ما كل بعد ما قتل فان
الصيد كما خرج عن الصيدية
بأخذ صاحبه جاز أن
يخرج أيضا بقتله وأجيب
بأنه اذا لم يتعرض بالاكل
حتى أخذه صاحبه دل أنه
كان ممسكا على صاحبه
وانتهاسه منه ومن لحم آخر
في مخلاة صاحبه سواء وما
اذا كل قبل الاخذ فقد
كان ممسكا على نفسه
(قال المصنف لان الحرمة
لاتنسى) أقول فيه بحث

هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما أحرزه قد أمضى
الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه
ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فخرمناه احتياطا وله أنه آية جهله من
الابتداء لان الحرفة لا ينسى أصلها فاذا أكل تبين أنه كان ترك الاكل للشيء لا للعلم وتبديل الاجتهاد
قبيل حصول المقصود لانه بالا كل فصار كتبديل اجتهاد القاضي قبل القضاء (ولو أن صقرا فر من صاحبه
فكث حينئذ ما دل على كل صيده) لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا أكل من الصيد
(ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل) لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث
شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له (ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها
إليه فأكلها يؤكل ما بقي) لانه لم يبق صيدا قصارا اذا ألقى إليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب
فأخذه منه وأكل منه لانه ما كل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس
شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحزره المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية (ولو لم يمسك الصيد
فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل) لانه صيد كلب جاهل حيث
أكل من الصيد (ولو ألقى ما منه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مر بثلث البضعة
فأكلها يؤكل الصيد) لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا أكل ما بان منه وهو لا يحل
لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل في حالة الاصطيد فكان جاهلا بمسك نفسه ولان
نفس البضعة قد يكون لياكها وقد يكون حيلة في الاصطيد لبضعة فبقطع القطعة منه فيدركه فلا كل
قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله

لا يخفى (قوله هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى) أقول الظاهر
بما ذكره بعد هذا بقوله ولان فيما أحرزه المالك أن يكون المذكور ههنا دلالة تاما له ما في رد عليه أنه لو تم لدل
على أن لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز في المفاضة أيضا لجرى بان هذا الدليل في ذلك أيضا مع
أنه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المصنف من قبل فتأمل (قوله وكذا اذا وثب الكلب فأخذه
منه وأكل منه لانه ما كل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته) قال صاحب
العناية وطول بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما كل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج
عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضا بقتله وأجيب بأنه اذا لم يتعرض بالاكل حتى أخذه
صاحبه دل أنه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء وما اذا أكل قبل
الاخذ كان ممسكا على نفسه انتهى كلامه أقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها انقضاء
ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة الوثبة من أنه ما كل من الصيد بما اذا أكل بعد ما قتل فان ذلك التعليل
متمش في صورة القتل أيضا اذا الصيد كما يخرج عن الصيدية بأخذ صاحبه يخرج أيضا بقتله فلم يتحقق
الاكل من الصيد في صورتين معامع انهما مقرران في الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق
بينهما من جهة أخرى غير ما ذكره المصنف في التعليل ولا يذهب عليك أن ذلك لا يدفع ورود المطالبة
المذكورة على ما ذكره المصنف في التعليل ولقد أحسن صاحب النهاية ههنا في التقرير بحيث قال
فوجه الفرق بين هذا وبين ما اذا أكل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن يأخذ الصائد حيث لا يؤكل
وفي هذه الصورة وهي ما كل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لان ما كل
من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افرقتا في الحكم والوجه فيه هو أن الفرق انما ينشأ بينهما من حيث
وجود الأمساك لصاحبه وعدم الأمساك له فههنا أي في مسئلة الوثبة لما لم يأكل من الصيد الى أن أخذه
صاحبه قد تم امساكه على صاحبه وهناك لما أكل من الصيد بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه علم انه انما

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه الخ) المرسل ان أدرك الصيد حيا فلا يخلوا ما ان تمكن من ذبحه أولا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه بينة أو خفية وان ذبح قبل حصول الصيد حيا وجب عليه الخ (١٧٨) اذ الفرض أنه لم يتمكن من الذبح فصارت رأى الماء ولم يقدر على حصول المقصود بالبدل

الاستعمال ووجه ظاهر الرواية أنه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره أى اعتبار التمكن من الذبح لانه لا يده من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فأدبر الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما سبق في المذبح لانه ميت حكما ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو ميت هذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيها أنه ميت لا وهو أنه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيد افطل حكمه كذا كذا الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه

أما كذا نفسه لا لصاحبه فخرج به من أن يكون مع ما انتهى فانه طعن في التعليل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع اقترافهما في الحكم وبين وجهها آخر فارقا بينهما وعدة أوجه لكونه سائعا ورود المطالبة بالفرق بينهما ثم أقول التحقيق ان المطالبة بالفرق بين نيتك المسئلتين ساقطة عما ذكر في الكتاب أيضا لان المصنف تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحزره المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو أن الصيد اسم للتوحيش غير محزر فقد زال التوحيش بالقتل وبقي عدم الاحراز قبل أن يحزره المالك فما بقي شيء من آثار الصيد ولو ازمه ببقى حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسئلة التوبة وبين ما اذا أكله بعد أن قتله قبل أن يأخذه الصائد تأمل ترشد (قوله وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه الخ) أن يذبحه وان تركه تركته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم اعلم ان قوله وان أدرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره وقوله وكذا البازي والسهم زيادة من المصنف فأقول هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جدا عندى أما قوله وكذا البازي قطاها لان قول القدوري وان أدرك المرسل الصيد حيا تناول صيد الكلب وصيد البازي وليس فيه شيء يقتضى اختصاصه بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازي بل لا وجه له وأما قوله والسهم فلان حكم مسئلة السهم سيجى في باب الرمي مفصلا ألا ترى الى قوله هناك واذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب اذا خرج السهم فمات وان أدركه حيا ذكاه

ثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما تكون أما في المذبح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لانه مفطر وان كان اضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفطر فكان حلالا ولو قلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكمه لم يبق صيد افطل حكمه ذكاه الاضطرار فان قيل وضح المسئلة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون في المذبح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح أجيب بان المقدار الذي يكون في المذبح بمنزلة عدم لكون الصيد في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فكان عدم التمكن متصورا (وهذا أى ما ذكرنا من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاه فيما اذا كان بقاؤه متوهمها (قوله أو خفية) أقول المراد بالحياة الخفية ههنا ما هو فوق حياة المذبح لاما هو مثلها أو دونها والا لوجب الذكاه كما يجي

أما إذا شق الكلب المعلم بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يدركه حل لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت (وقيل) هو قول أبي بكر الرازي (هذا قولهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤكل هذا أيضا لأنه وقع في يده حيا فلا يحل الأبد كذا الاختيار رد إلى المستردية) أي اعتبارهم (هذا الذي ذكرنا) أنه لا يؤكل عنه إذا شق بطنه وأخرج ما فيه (إذا ترك الذكبة فأما إذا ذكاه فقد حل أكله عنده رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقى) أي شق الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة (إذا ذبح حل عنه) (١٧٩) (وعليه الفتوى لقوله تعالى

الأمأذ كتم استثناء مطلقا من غير فصل) وعند أبي يوسف لا بد من حياة بينة وهي أن يكون بحال يعيش مثله فأما إذا لم يكن كذلك فلا يحل أكله لأنه لم يكن مونه بالذبح وقال محمد لا بد من حياة بينة وهو أن يكون بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل أكله والأفلا (لأنه لا يعتبر بهذه الحياة على ما قررناه) إشارة إلى قوله لأنه ميت حكما وقيل إلى قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله (ولو أدركه ولم يأخذه) يريد أن المسائل المتقدمة كانت فيما أخذ هذه الصائد وهما أدركه ولم يأخذه وقوله (على ما ذكرناه) إشارة إلى قوله لأنه وقع في يده حيا قوله (وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد) يعني صيدا معينا (فأخذه غيره حل) يعني ما دام في وجهه إرساله وقوله (ولأنه) أي شرط التعيين

أما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما أما عند أبي حنيفة فلا يؤكل أيضا لأنه وقع في يده حيا فلا يحل الأبد كذا الاختيار رد إلى المستردية على ما ذكرنا شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا إذا ترك الذكبة فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقى بطنه وفيه حياة خفية أو بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الأمأذ كتم استثناء مطلقا من غير فصل وعند أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لأنه لم يكن مونه بالذبح وقال محمدان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والأفلا لأنه لا يعتبر بهذه الحياة على ما قررناه (ولو أدركه ولم يأخذه فان كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل) لأنه صار في حكم المقدور عليه (وان كان لا يمكنه ذبحه أكل) لأن السيد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد (وان أدركه فذكاه حل) لأنه ان كان فيه حياة مستقرة فالذكوة وقعت موقعها بالأجسام وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاه الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج إلى الذبح (وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل) وقال مالك لا يحل لأنه أخذ بغير إرسال إذا أرسل مختص بالمشار إليه ولأنه شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد لا بد من قدر على الوفاء به إذا تمكنه عليه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (ولو أرسله على صيد كثير وسعى مرة واحدة حالة الإرسال فلو قتل الكل يحل به هذه التسمية الواحدة) لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه ولهذا اشترط التسمية عنده والفعل واحد فكيفه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لأن الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أصبح أحدهما فوق الأخرى وذبحهما معا مرة واحدة تحلان بتسمية واحدة (ومن أرسل فهدا فمكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل)

انتهى فلا حاجة إلى بيانه ههنا (قوله وقال محمدان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والأفلا لأنه لا يعتبر بهذه الحياة على ما قررناه) قال صاحب النهاية والكفاية أراد بقوله ما قررناه قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية أشار بذلك إلى قوله لأنه ميت حكما أقول الحق ما قاله الشارحان الأخيران لأن قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل لحكم أكل ما شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق أحد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كلهم ما عاين في اضطراب المذبوح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لأنه لا يعتبر بهذه الحياة تعليل لحكم أحدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فكيف يتم أن يريد بقوله في ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما عاين بخلاف قوله لأنه ميت حكما لأنه تعليل لحل كل ما بقي فيه من الحياة مثل ما بقي في المذبوح لأفوق ما بقي في المذبوح وما لا يبقى فيه من الحياة فوق ما بقي في المذبوح مما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فتنتظم الإشارة إليه ههنا بقوله على ما قررناه

(شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد) والجاء بالنسبة إلى هذا المقصود سواء قل قد يكون مقصوده صيدا معينا أوجب بأنه متعذر لا يقدر الصائد أو الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله (على ما بيناه) يعني في أوائل كتاب الذبائح حيث قال تشترط عند الإرسال والرحى وقوله (ولهذا اشترط التسمية عنده) أي عند الإرسال

وقوله (فيغلب جانب الحرمه نصاً) أي بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرم الحلال وهما ثلاثه فصول أحدهما اشترك فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمه لما رويناه والثاني ما اشترك فيه في الاخذ والجرح وفيه الكراهه (١٨٠) لان جهة الحل أرجح لان العلم تفرد بالجرح والثالث ما لم يشتر كافي

شي لكن الثاني أشد أي
جل على الاول حتى
اشتد على الصيد وفيه
الاباحه لان الثاني لم
يشارك الاول في شيء من
الصيد وانما أثر في الكلب
المرسل دون الصيد فكان
فعله تبع الفعل الاول لانه
بناء عليه فلا يضاف الاخذ
الى التبع قال (واذا
أرسل المسلم الخ) الاصل
في هذا أن الفعل يرفع
بالاقوى والمساوى دون
الأدنى فاذا أرسل المسلم
كلبه وزجره أي أغراه
المجوسى حلأ كله لعدم
اعتبار الزجر عند الارسال
لكون الزجر دونه لبنائه
عليه ونوقض بالحرم اذا
زجر كلب حلال فانه يجب
عليه الجزاء وأجيب بأن
الجزاء في الحرم بدلالة النص
فانه أوجب عليه الجزاء
بما هو دونه وهو الدلالة
فوجب بالزجر بطريق
الاولى (واذا أرسله مجوسى
فزجره مسلم فأنزجره
يؤكل كذلك ولهذا) أي
ولان الزجر دون الارسال
(لم يثبت به) أي بالزجر
(شبهة الحرمه) يعنى في
الصورة الاولى مع أن
الحرمه أسرع ثبوتاً للقلبه

لان مكنته ذلك حيلة منه الصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاد عاقده ولو أخذ
الكلب صيداً فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلاً جميعاً) لان الارسال قائم لم ينقطع
وهو بمنزلة ما لورى سهماً الى صيد فأصابه وأصاب آخر (ولو قتل الاول جثم عليه طويلاً من النهار
ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني) لانتقطاع الارسال بعكسه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما
كان استراحة بخلاف ما تقدم (ولو أرسل بازيه العلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله
فانه يؤكل) وهذا اذا لم يمكث زماناً طويلاً للاستراحة وانما مكث ساعة لتكمن لما بيناه في الكلب
(ولو أن بازياً معلماً أخذ صيداً فقتله ولا يدري أرسله انسان أم لا يؤكل) لوقوع الشك في الارسال
ولا تثبت الاباحه بدونه قال (وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر
الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على أنه لا يحل بالكسر وعن أبي حنيفة أنه اذا كسر عضواً فقتله لا بأس
بأكله لانه جراحة باطنه فهى كالجراحة الظاهرة وجه الاول أن المعتبر جرح ينتهض سبباً لانهار اللحم
ولا يحصل ذلك بالكسر فأشبهه التخصيق قال (وان شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر
اسم الله عليه بريده عدم يؤكل) لما رويناه في حديث عدى رضى الله عنه ولانه اجتمع المبيع
والحرم فيغلب جهة الحرمه نصاً واحتياطاً (ولورده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح
الاول يكره أكله) لوجود المشاركة في الاخذ وفقداه في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسى
بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلى
الكلبين لوجود المجانسة (ولو لم يرد الكلب الثاني على الاول لكنه أشد على الاول حتى اشتد على
الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله) لان فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلباً
فكان تبعاً لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصرتبعاً
فضاف اليهما قال (واذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسى فأنزجره فزجره فلا بأس بصيده) والمراد بالزجر
الأغراء بالصباح عليه وبالأنزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه ومثله كافي نسخ
الآى والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال (ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فأنزجره لم يؤكل)
لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمه فأولى أن لا يثبت به الحل وكل من لا تجوزد كانه
كالرند والهرم وتارك التسمية عامداً في هذا بمنزلة المجوسى

تدبر تفهيم (قوله ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كافي نسخ الآى والزجر دون الارسال
لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لك أن تقول لاتمس الحاجة الى الرفع بل تكني المشاركة في اثبات
الحرمه أو شبهها انتهى أقول ليس هذا وارد لان الارسال أصل والزجر تبع والتبع لا يعد مشاركة
للاصل في ترتيب الحكم وقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة السابقة حيث قال لان فعل الثاني أثر
في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلباً فكان تبعاً لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ
الى التبع انتهى ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلان سلم كفاية تجرد المشاركة في اثبات الحرمه
أو شبهها بل لا بد من أن يكون الاحق وهو الزجر ههنا أقوى من السابق أو مساوياً له حتى يرفع به السابق
واما اذا كان أدنى منه فلا تأثير له في الحكم وقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة اللاحقة حيث
قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمه فأولى أن لا يثبت به الحل انتهى قال

الحرمه على الحل دائماً فأولى أن لا يثبت به الحل يعنى بزجر المسلم

(وان)

(قال المصنف ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله) أقول لك أن تقول لاتمس الحاجة الى الرفع بل تكني المشاركة في اثبات الحرمه
أو شبهها (قوله ونوقض بالحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء) أقول ولو لم يعتبر الزجر لم يجب الجزاء

وقوله (لان الزجر مثل الانقلاط) يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال وقوله (لانه ان كان دونه) يعني أن الزجر ارجح من دون الانقلاط من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستوى باصلح الزجر ناسخا وهو متأخر فيجب عمل ناسخا وقوله (وقد) أي جرحه جراحة أئخذته وقوله (لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح) دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الاتحان الذي أخرجه من الصيدية فكان الواجب أن لا يحل أكله لان الصيد بعد الاتحان ملحق (١٨١) بالدواجن فيحل بالذبح لا بضرب الكلب وجوابه أنه تعذر رفعه وما تعذر رفعه تقرر عفو وقوله (يجرح الكلب الاول) يعني أنه لا يؤثر كل لان الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح في المذبح لا بجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة والله أعلم

الكلب وجوابه أنه تعذر

رفعه وما تعذر رفعه تقرر

عفو وقوله (يجرح

الكلب الاول) يعني أنه

لا يؤثر كل لان الصيد بعد

أن خرج عن الصيدية

كانت ذكاته بعد الذبح

في المذبح لا بجرح الكلب

فجرح الكلب في مثله

يوجب الحرمة ولما اجتمع

فيه الموجب للحل والحرمة

غلب الحرمة والله أعلم

وفصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم

الآلة الحيوانية شرع في

بيان حكم الآلة الجهادية

والحس الصوت الخفي (ومن

سمع حسافظنه حس صيد

فرماه أو أرسل كلبه أو

بازيه فأصاب صيدا)

ظيما مشافان تبين أن

المسموع حسه آدمي أو

بقراً وشاة لم يحل الطهي

المصاب مثلاً في قوله سم

جميعاً لانه أرسل الى غير

صيد فلم يتعلق به حكم

الاباحه وصار كانه رمي

الى آدمي عالمابه فأصاب

صيداً فانه لا يؤثر كل (وان

تبين أن المسموع حسه صيد حل المصاب أي صيد كان) المسموع حسه يعني سواء كان مأكول اللحم أو لم يكن (لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أن المسموع حسه اذا ظهر خنزيراً لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحه في شيء منه بخلاف سائر السباع) لانه أي الاصطياد (يؤثر في جلدها وزفر خص منها) أي من جملة المسموع حسه (مالا يؤثر كل لانه لان الارسال فيه ليس للاباحه) فكان هو والآدمي سواء

صيداً فانه لا يؤثر كل (وان

تبين أن المسموع حسه صيد حل المصاب أي صيد كان) المسموع حسه يعني سواء كان مأكول اللحم أو لم يكن (لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أن المسموع حسه اذا ظهر خنزيراً لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحه في شيء منه بخلاف سائر السباع) لانه أي الاصطياد (يؤثر في جلدها وزفر خص منها) أي من جملة المسموع حسه (مالا يؤثر كل لانه لان الارسال فيه ليس للاباحه) فكان هو والآدمي سواء

صيداً فانه لا يؤثر كل (وان

تبين أن المسموع حسه صيد حل المصاب أي صيد كان) المسموع حسه يعني سواء كان مأكول اللحم أو لم يكن (لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أن المسموع حسه اذا ظهر خنزيراً لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحه في شيء منه بخلاف سائر السباع) لانه أي الاصطياد (يؤثر في جلدها وزفر خص منها) أي من جملة المسموع حسه (مالا يؤثر كل لانه لان الارسال فيه ليس للاباحه) فكان هو والآدمي سواء

صيداً فانه لا يؤثر كل (وان

تبين أن المسموع حسه صيد حل المصاب أي صيد كان) المسموع حسه يعني سواء كان مأكول اللحم أو لم يكن (لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أن المسموع حسه اذا ظهر خنزيراً لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحه في شيء منه بخلاف سائر السباع) لانه أي الاصطياد (يؤثر في جلدها وزفر خص منها) أي من جملة المسموع حسه (مالا يؤثر كل لانه لان الارسال فيه ليس للاباحه) فكان هو والآدمي سواء

صيداً فانه لا يؤثر كل (وان

تبين أن المسموع حسه صيد حل المصاب أي صيد كان) المسموع حسه يعني سواء كان مأكول اللحم أو لم يكن (لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أن المسموع حسه اذا ظهر خنزيراً لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحه في شيء منه بخلاف سائر السباع) لانه أي الاصطياد (يؤثر في جلدها وزفر خص منها) أي من جملة المسموع حسه (مالا يؤثر كل لانه لان الارسال فيه ليس للاباحه) فكان هو والآدمي سواء

(وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فازجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله) لان الزجر مثل الانقلاط لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستوى باصلح ناسخا (ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه ووقذه ثم ضرب به فقتله أكل وكذا اذا أرسل كلبين فوقه أحدهما ثم قتله الآخر أكل) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفو (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلباً فوقه أحدهما وقتله الآخر أكل) لما بينا (والملك الاول) لان الاول أخرجه عن حد الصيدية الا أن الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحه والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية فيجرح الكلب الاول

وفصل في الرمي (ومن سمع حسافظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلباً أو بازياً عليه فأصاب صيداً تبين أنه حس صيد حل المصاب) أي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحه في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر خص منها مالا يؤثر كل لانه لان الارسال فيه ليس للاباحه

في العناية وفوق المحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء وأوجب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى أقول لقائل أن يقول هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل بقوله فانه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم اذا زجر كلب حلال عند ارساله تقرر أن ينتقض به الاصل الذي ذكره من عدم اعتبار الزجر عند الارسال لتكون الزجر دون الارسال ويمكن أن يقال المراد من الجواب المذكور أن الاصل الذي ذكره انما هو على موجب القياس وجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على أن القياس يترك بالنص وهذا لا يقدح في كلية الاصل المذكور المبني على القياس تفكر (قوله وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فازجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله لان الزجر مثل الانقلاط) قال جمهور الشراح يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى أقول ليس هذا الشرح بسديد عندى اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعاً بما هو مشروط في حله أو بما هو مثله بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعاً بما هو فوقه في القوة أو بما هو مثله فيها كما في نسخ الآية قالوا جبهه هنا أن يقال يعني أن الزجر مثل الانقلاط في القوة والضعف وتعليل المصنف آية بقوله لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستوى باصلح ناسخا عزلة الصريح فيما قلناه تبصر

وفصل في الرمي (لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجهادية

وفصل في الرمي (قال المصنف لان الارسال فيه ليس للاباحه) أقول الاظهر أن يقال لان الرمي لان الفصول فصله

(وجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالآ كـول) وما هو كذلك فالأ كـول وغيره بالنسبة إليه سواء أفاذ فصد بفعله الاصطياد وفعل الفعل اصطياد إذا الاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد إباحة المصايد بشرط قبوله بالإباحة حتى لو لم يقبلها كما إذا كان خنزيراً لم تثبت الإباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطياداً مباحاً وإذا اقتلها فإن كان مما يحل تناوله تثبت إباحة تناوله لغیر السماع من البهائم والطيور وإن كان مما لا يحل تناوله تثبت إباحة جلده تثبت أن فعله وقع اصطياداً وإباحة التناول وغيره مما يتعلق بالهلال ليس يخرج له عن ذلك وإذا وقع اصطياداً كان كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره وقوله (وإن تبين أنه حس آدمي) قدمناه آنفاً وقوله (لأن الفعل ليس باصطياد) إذا الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق أي المشدود بالوثاق بمنزلة آدمي لما يبين أن الفعل ليس باصطياد ثم إذا جهل توحش المقصود برمييه يعتبر فيه الأصل وعلى هذا يخرج المسئلان المذكوران في الكتاب وقوله (وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاه فيهما) يشير إلى أن كون ما تبين حسه من الصيد من شرطه أن يكون حلأ كـه شرطه أن يكون حلأ كـه (١٨٣) مشروطاً بالذبح حتى لو سمع حساً فظنه صيداً فرماه فأصاب

وجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالأس كـول فوقع الفعل اصطياداً وهو فعل مباح في نفسه وإباحة التناول ترجع إلى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لما وجد أو قد لا تثبت إذا لم يقبله وإذا وقع اصطياداً صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره (وإن تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصايد) لأن الفعل ليس باصطياد (والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلة لما يبين) (ولورى إلى طائر فأصاب صيداً من الطائر ولا يدري وحشي هو أو غير وحشي حل الصيد) لأن الظاهر فيه التوحش (ولورى إلى غيره فأصاب صيداً ولا يدري ناذ هو أم لا لا يحل الصيد) لأن الأصل فيه الاستثناس (ولورى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيداً يحل في رواية عن أبي يوسف) لأنه صيد وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاه فيهما (ولورى فأصاب السمور حسه وقد ظنه آدمياً فأذا هو صيد يحل) لأنه لا معتبر بظنه مع تعيينه (فإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فأت) لأنه لا ذكاه في الرمي لكون السهم آلة فقتلته التسمية عنده وجب على البدن محل لهذا النوع من الذكاه ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاه على ما يبينه قال (وإذا أدركه حياداً كاه) وقد بينا بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الأول فلا نعيد

وقد مر وجه تقديم الأول (قوله والظبي الموثق بمنزلة) قال أكثر الشراح منهم صاحب العناية أي بمنزلة الآدمي أقول هذا التفسير ليس بجيد إذا تظاهر أن الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الأهلي دون الآدمي إذ لا مناسبة بين الإنسان والحيوان بخلاف الحيوانين فإن قلت المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالأدمي لا الاشتراك في جميع الأوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي قلت لو كان مراد المصنف هذا المعنى لقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت والظبي الموثق بمنزلة أهلي والظبي الموثق بمنزلة آدمي لا يفرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلة آدمي لا يفرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد بل الاشتراك في بعض الأحوال أيضاً فالوجه في تفسير قول المصنف والظبي الموثق بمنزلة ما ذكره صاحب العناية حيث قال أي الظبي

ظبياً ثم تبين أن السمور حسه سمكة لم يؤكل الصيد ولو سمع حساً وظنه آدمياً ورماه فأصاب السمور حسه وهو صيد حل لأنه لا معتبر بظنه مع تعيين كونه صيداً فإن قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي أن من سمع حساً فظنه صيداً فرماه فأصاب صيداً ثم تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصايد مع أنه لم يقصد رمي الآدمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الآدمي ورمى الآدمي ليس باصطياد وقد حل المصايد والقياس أما شمول الحل أو شمول عدمه أو انعكاس الجواب في المسئلتين وذلك

أنه لما حل المصايد مع افتراض ظنه بأنه آدمي ففيما إذا اقرن ظنه بأنه صيد أو لم يقرن لم يقع فعله اصطياداً نظراً إلى قصده قال فلا يحل المصايد ههنا وحل هناك لذلك أجيب بأن الفرق ما أشار إليه بقوله لأنه لا معتبر بظنه مع تعيين كونه صيداً أو بيبانه أن في المسئلة الأولى أصاب سهمه غير السمور حسه والسمور حسه ليس بصيد فكان فعله متوجهاً إلى غير الصيد فظننا إلى فعله الذي توجه للسمور حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطياداً وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لاعتداف فعل الاصطياد وما ههنا فافهمه أصاب عين السمور حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعاً على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بظنه ذلك الخالف لفعله الذي هو اصطياد بحقيقته والظن إذا وقع مخالفاً لحقيقة فعله كان الظن لغواً فيحل أكل المصايد لو جرد فعل الاصطياد وقوله (على ما يبينه) يعني في فصل الجسور بحقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الخ (قوله والظبي الموثق أي المشدود بمنزلة الآدمي) أقول ولعل الأولى أي بمنزلة الأهلي (قوله نظر إلى فعله الذي توجه إلى السمور حسه وهو ليس بصيد) أقول فكان ظنه هنا أيضاً مخالفاً لحقيقة فعله فلا يعتبر الظن فلا يكون فعله صيداً

وقوله (فتحامل) التحامل في المشي ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت في المشي وقوله (حتى أصابه ميتاً كل) قبل اذا وجدته وفيه جراحة سهمه لا غير وأما اذا وجدته وفيه جراحة أخرى فليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك كاسيحي لانه ظهر لونه شيان أحدهما يوجب الحل والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي يؤكل لانه ظهر لونه سبب وهو ما كان معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه كالجرح انساناً فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلاً فلما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوماً والموهوم في هذا كالتحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلتها فانه حين أهدى رجل اليه عليه السلام صيده فقال من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتاً وفيه من زراق وهو الزرع الصغير فقال عليه الصلاة والسلام لا أدري لعل هوام الارض قتلتها الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا قعد عن طلبه ثم وجد ميتاً وقوله (ولان احتمال الموت) دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه أيضاً أجب بقوله الا أنا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن الاصطيد لا يعري عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن توار يكون بسبب عمه وقوله (والذي روينا حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل) يعني وان رأى فيه أن تسبغ واحتج على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك وكأنه بنى الأمر على الغالب لانه اذا بات عنه قعد عن طلبه غالباً ووجه كون ما روينا حجة عليه انه كره أكل الصيد اذا غاب عن الراي فان قيل ان كان ما روى عنه عليه السلام من كراهته أكل الصيد اذا غاب عن الراي حجة عليه فقوله عليه الصلاة والسلام لعل هوام الارض قتلتها حجة له على ما مر من قصته فانه عليه الصلاة والسلام قال لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب أن الاصل أن خصوص السبب غير معتبر واعتبار قتل (١٨٣) الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراماً

(قوله كالجرح انساناً فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلاً) أقول لم يظهر فيما ذكره الموت سبب آخر غير الجرح بخلاف المسئلة المذكورة (قوله وهو كما يدل على حرمة ذلك الخ) أقول في دلالة على التحريم كلام ثم قوله على حرمة ذلك أي حرمة ما فيه جراحة أخرى (قوله لان

قال) واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً كل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل لما روى عن النبي عليه السلام أنه كره أكل الصيد اذا غاب عن الراي وقال لعل هوام الارض قتلتها ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لان الموهوم في هذا كالتحقق لما روينا الا أنا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن لا يعري الاصطيد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التهرز عن توار يكون بسبب عمه والذي روينا حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لم يحل

المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي يابى البيوت انتهى (قوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً كل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل) قال الزبيلي في شرح الكثر وجعل فاضحاً في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره بما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس كل ما أصيبت ودع

الموهوم كالتحقق لما روينا) أقول فلا يكون هذا له المستقلاً قال المصنف والذي روينا حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل) أقول وجعل فاضحاً في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس كل ما أصيبت ودع ما أعيت والاصحاب ما رأته والاعضاء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه أشار صاحب الهداية أيضاً بقوله والذي روينا حجة على مالك في قوله وان توارى عنه اذا لم يبت ليلة يحل فاذا بات لا يحل وهذا يشير الى أنه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضاً لقوله في أول المسئلة واذا وقع الصيد بالسهم فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً كل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل فبني الأمر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا أكثر كتب فقه أصحابنا ولو حل ما ذكره على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر كذا في شرح الزبيلي أما نص عبارة فاضحاً فبهي والسابع أن لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره الخ انتهى ونحن نقول ليس فيه جعل عدم التوارى شرطاً بخصوصه كما ترى وما يدل عليه تعليقه الذي ذكره من كونه شرطاً بخصوصه فأمر سهل اذا مراد اذا غاب عن بصره وهو قاعدة عن طلبه بقريئة وضع المسئلة وأما اذا لم يقعد ففقيه ضرورة فليست أملاً وراجع النهاية فانه ذكر حديث ابن عباس رضي الله عنهما (قوله ووجه كون ما روينا حجة عليه أنه كره أكل الصيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لعل هوام الارض قتلتها حجة على ما مر) أقول فيه بحث لانه حجة عليه حيث أحله وان رأى فيه أن تسبغ فان احتمال قتل الهوام مع أنه لا جراحة فيه اذا كان محرماً فمافيه اذا وجدت الجراحة أولى أن يكون محرماً والظاهر أن يقول فكرهته صلى الله عليه وسلم لصيد من حال بينه وبين صيده ظلمة الليل حجة له

وقوله (ولو وجد به جراحة) قدمناه والخلاف (١٨٤) فيه وقوله (لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه) لان الصيد قد يخلو عن رى الغير فاعتبر

(ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل) لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرى في جميع ما ذكرناه قال (واذا رى صيدا فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل) لانه المتردية وهى حرام بالنص ولانه احتمال الموت بغير الرى اذا الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضى الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله أو سهمك (وان وقع على الارض ابتداء كل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التكرز عنه فصار الاصل أن سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وأمكن التكرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التكرز عنه جرى وجوده بحج رى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التكرز عنه اذا وقع على شجرة أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتدري من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض أو رماه فوقع على ربح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن هذه الاشياء قتله وبما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو بسنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها الان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذ كرفى المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصحة الحاكم الشهيد وجل مطلق المروى في الاصل على غير حالة الانشقاق وحله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وجل المروى في الاصل على أنه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفوه وهذا أصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لا تنفخ في الماء كل وان انقسمت لا يؤكل كل

ما أنعت والاصمعا ما رأته والاغما ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه انتهى أقول ليس الأمر كما زعمه الزيلعي فان الامام قاضيان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التوارى عن بصره بخصوصه بل جعل من شرط ذلك أحد الأمرين عدم التوارى عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع بمعنى الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره أولا لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضى الله عنهم اكل ما أصميت ودع ما أنعت والاصمعا ما رأته والاغما ما توارى عنك انتهى ولا شك أن قوله والسابع أن لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التوارى عن بصره اذا لم يقعد عن طلبه بل انما يحرم بالتوارى عن بصره والقعود عن طلبه معا وما قوله لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل فالظاهر أن المراد به أنه اذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه وأما اذا لم يقعد عن طلبه فيه عذر فيه للضرورة لعدم مكان التكرز عن قوارى الصيد عن بصر الرامى فكان في اعتباره عدم التوارى مطلقا خرج عظيم والخرج مدفوع بالنص وقد أشار إليه المصنف بقوله الا اننا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن لا يعزى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لا مكان التكرز عن قوارى يكون بسبب عمله وذ كرفى الشروح والكافي انه صلى الله عليه وسلم لم يربار وحاء على جوار وحش عقير فتبادر أصحابه اليه فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فسيأتى صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتهن لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبابكر فقسمهما بين الرفاق انتهى (قوله وان وقع على الارض ابتداء كل) قال في العناية أخذ من النهاية يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كجد الرمح والقصبة المنصوبة على ماسيجي انتهى أقول هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية ههنا اذا الظاهر أن الوقوع على

محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير يمكن لان الصيد لابد أن يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يحل محرما اذا لم يقعد عن الطلب قال (واذا رى صيدا فوقع في الماء الخ) كذا هو واضح وهو في المعنى مقيد بأن لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سيأتى قوله (وكذا السقوط من عال) وهو في بعض النسخ من عل وهو لقصة في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا وقوله (وان وقع على الارض ابتداء كل) يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كجد الرمح والقصبة المنصوبة على ماسيجي (وقوله وذ كرفى المنتقى) يزيد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الاصل وهى قوله أو صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وجل المطلق المروى في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وجل شمس الأئمة السرخسي روايه المنتقى على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وجل المروى في الاصل على أنه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفوه كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه

وفي الجملة قلنس في المسئلة واثبات وهذا أى ما فعله شمس الأئمة أصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجوز على اطلاقه وحله كما على غير حالة الانشقاق فيخرج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض أكل وقد ذكرناه في معناه

وقوله (كما اذا وقع في الماء) أي غير المائي (في الماء) وقوله (وما أصاب المراض بعرضه) المراض سهم لاريش له يمضي عرضا فيصيب بعرضه لاجده والبندق طينة مسدورة يرمى بها وقوله (اذا لم يخزق) بالزاي المججمة خزق المراض (١٨٥) أي نفذ وبالراء المهملة خطأ وقوله

(وكذلك ان جرحه) يعني اذا رماه بجرحه فان كان ثقيلًا وبه حدة قالوا لا يؤكل لاحتمال أن قتله بثقله وان كان خفيفًا وبه حدة أكل والمسروعة حجر أبيض رقيق كالسكين يذبح به واللهم يستعمل عقبيه الا اذا كان المستثنى عزيرًا اذا بلغ في السدرة حد السدود وقوله (قيل لا يحل) هو قول أبي القاسم الصفار ووجهه أن الدم النجس لم يسلب فلا يكون معنى الذبح وقيل يحل وهو قول أبي بكر الاسكافي لوجود الذكاة بين اللبنة واللحمين والدم قد يحتبس لغظته أو لضيق المنفذ وقوله (وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه) يريد به قول أبي القاسم الصفار فانه شرط سيلان الدم قال (وان رمى صيد الخ) اذا قطع بالرمي عضو من الصيد أكل الصيد لما بينا ان الرمي مع الجرح مباح وقد وجد ولا يؤكل العضوان أمكن حياته بعد الابانة وان لم يمكن أكلها وقال الشافعي وهو مذهب ابن أبي ليلى ان مات الصيد منه أكل لانه مبان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان

كما اذا وقع في الماء قال (وما أصاب المراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل) لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بجده فكل وما أصاب بعرضه فلانا كل ولانه لا بد من الجرح ليحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال (ولا يؤكل ما أصابته البندق فمات بها) لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمرض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بجرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلًا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله وان كان الخرج خفيفًا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الخرج خفيفًا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولورماه بمروحة حديدية ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان رأسه أو قطع أوداجه لان العروق تنقطع بنقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوق السك أو لعلمه مات قبل قطع الاوداج ولورماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل أن الموت اذا كان مضافا الى الجرح يفيق كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل يفيق كان حراما وان وقع الشك ولا بدري مات بالجرح أو بالنقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف أو بسكين فأصابه بجرحه حل وان أصابه بقفا السكين أو بعقب السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولورماه بجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء ولو ذبح شاه ولم يسلب منه الدم قبل التحل وقبل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فان أدماء حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال (واذا رمى صيد افقطع عضوانه أكل الصيد) لما بيناه (ولا يؤكل العضو) وقال الشافعي رحمه الله أكلان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان

نحو حد الرمح والقصة المنصوبة بلبس وقوع على الارض ولهذا جعل المصنف الاول قسما للثاني فيما سيجي واعد الاول مما يمكن التخرز عنه والثاني مما لا يمكن التخرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ههنا وان وقع على الارض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصة المنصوبة حتى يحتاج الى أن يقال يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصة المنصوبة على ماسيجي (قوله وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم) أقول رد على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر في كتاب الذبائح أن المقصود بالذبح هو اخراج الدم النجس وان الجرح في أي موضع كان من البدن ذبح اضطراري يصار اليه عند الجرح عن الذبح الاختياري وهو الجرح فيما بين اللبنة واللحمين وان في كل من الذبحين اخراج الدم الا ان الاختياري أعمل فيه من الاضطراري فكون الدم محتبس بالضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضي حل أكل الجروح بالرمي بدون الادماء بل يقتضي حرمة بناء على عدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب بان معنى هذا التعليل أن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم فلا يمكن اخراجه ففي اعتبار الادماء جرح فاكتفى بما هو سببه في الغالب وهو الجرح فتأمل (قوله وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله صلى الله عليه وسلم ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار) أقول لما منع أن يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بفهوم المخالفة تدبر تفهم وطعن فيه صاحب الغاية

(٣٤ - تكمله ثامن) قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار الخ) أقول قال الاتقاني وهذا ضعيف عندى لانه كما شرط الانهار شرط فري الاوداج أيضا وفي ذكاة الاضطرار كالا يشترط فري الاوداج فكذلك لا يشترط الانهار انتهى وفيه بحث اذا ملازمة بينهما وعدم اشتراط الاول في ذكاة الاضطرار بدليل ولا دليل في الثاني

(والمبان منه كما إذا أئين الرأس بذ كاة الاختيار) وذلك لان قطع أى عضو كان فى ذ كاة الاضطراب كقطع الرأس فى ذ كاة الاختيار والرأس يؤكل فى ذ كاة الاختيار فكذلك العضو والمبان فى ذ كاة الاضطراب (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما أئين من الحى فهو ميت) ووجه الاستدلال انه ذ كرا الحى مطلقا والمطلق ينصرف الى الفرد الكامل والكامل هو الحى حقيقة وحكما والعضو والمبان بهذه الصفة يعنى أئين من الحى حقيقة وحكما ما حقيقة لقيام الحياة به وأما حكما فلا يتوهم حياته بعدا بأنه هذا العضو ولهذا أى وليكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع فى الماء (١٨٦) وفيه حياة بهذه الصفة لم يؤكل لجواز أن يكون موته بوقوعه

فى الماء وقوله (أئين بالذ كاة) ذ كره ليجيب عنه بقوله قلنا وتقرر برزئنا ان ما أئين بالذ كاة يؤكل ولكن لا ذ كاة ههنا لان هذا الفعل وهو إياة العضو حال وقوعه ليس بذ كاة لبقاء الروح فى الباقي على وجهه يمكن الحياة بعده إذ الفرض ذلك والجرح يعتبر بذ كاة إذا مات منه أو يكون على وجهه لا يمكن الحياة بعده ولهذا الوجوده وفيه من الحياة فوق ما فى المذبوح لا بد من ذبحه وعند زوال الروح وان كان ذ كاة بالنسبة الى الصيد لكنه ليس بذ كاة بالنسبة الى المبان لعدم تأثيره فى موته لفقد الحياة فيه حينئذ فان قيل فليكن ذ كاة للمبان بتبعية الأكثر اذا مات من ذلك القطع أجاب بقوله ولا تبعية يعنى الأقل يتبع الأكثر اذا لم يتفصل عنه وههنا قد انفصل فزال التبعية والاصل المذكور فى الكتاب ظاهر وقوله

والمبان منه كما إذا أئين الرأس بذ كاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت لأنه ما أئين بالذ كاة ولنا قوله عليه السلام ما أئين من الحى فهو ميت ذ كرا الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حى حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع فى الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله أئين بالذ كاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذ كاة لبقاء الروح فى الباقي وعند زواله لا يظهر فى المبان اعدام الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل لان المبان من الحى حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحى صورة لا حكما يحل وذلك بأن يبقى فى المبان منه حياة بقدر ما يكون فى المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع فى الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع بدا أو رجلا أو فخذ أو ثلثة مما يلى القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة فى الباقي (ولو قد به نصفين أو قطعه أثلاثا والاكثر مما يلى العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان والمبان منه) لان المبان منه حى صورة لا حكما اذا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما أئين منه فهو ميت الا أن ميتته حلال بالحديث الذى روينا (ولو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الاوداج) ويكره هذا الصنيع لابلأغه النخاع وان ضرب به من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع بدا أو رجلا ولم يمت ان كان يتوهم الانشام والاندمال فاذا مات حل كله) لانه بمنزلة سائر أجزائه وان كان لا يتوهم بأن يمتعلق بجذبه حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعمرة للعانى قال (ولا يؤكل صيد الجوسى والمرتد والثنى) لانهم ليسوا من أهل الذ كاة على بيناه فى الذبائح ولا بد منها فى اباحة الصيد بخلاف النصرانى واليهودى لانهم من أهل الذ كاة اختيارا فكذا اضطرابا

بوجه آخر حيث قال وهو ذ كاضعيف عنده لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفى ذ كاة الاضطراب لا يشترط فرى الاوداج فكذا لا يشترط الانهار انتهى أقول ليس هذا بسيدي لان عدم اشتراط فرى الاوداج فى ذ كاة الاضطراب للعجز عنه ولزوم الجرح فى اشتراطه وهذا غير متحقق فى الانهار اذا لم يعجز عن الجرح بل ارب ثم ان الجرح لا ينفك عن الانهار فى الغالب فلا يخرج فى اشتراط الانهار على رأى ذلك البعض فافترقا (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما أئين من الحى فهو ميت ذ كرا الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو والمبان بهذه الصفة) قال الشراح يعنى أنه ذ كرا الحى مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحى حقيقة وحكما والعضو والمبان بهذه الصفة أى أئين من الحى حقيقة وحكما أقول المقدمة القائلة ان المطلق ينصرف الى الكامل شائعة فى أسنة الفقهاء وكتب أصحابنا لكنها مخالفة فى الظاهر لما تقرر فى أصول أئمتنا من أن حكم المطلق أن يجري على

(والاكثر مما يلى العجز) احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلى الرأس فانه يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج من القلب الى الدماغ فان أبان الثلث مما يلى العجز لم يقع الفعل ذ كاة لعدم قطع الاوداج وانما وقعت بموته والجزء مبان عند ذلك وأما اذا أبان الثلث مما يلى الرأس فقد وقع الذ كاة بقطع الاوداج نفسه وحينئذ لم يكن الجزء مبانا والباقي ظاهر وقوله (ولا يؤكل صيد الجوسى) مبتناه ما تقدم أن غير أهل الكتاب من الكفار ليس بأهل الذ كاة الاختيارية ولا بد منها فى اباحة الصيد

(قوله وتقرر برزئنا الخ) أقول هذا التسليم لا يلزم أن يكون مسبوقا بالمنع ليرد أنه لا وجه له

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يتخذه الخ) اعلم أن الرجلين إذا رما صيدا فاذل ينقسم الى قسمين اما أن يرمياه معا أو متعاقبا والاول على
أوجه فانه اذا رما معا فاما أن يصيب أحدهما أولا فان أصاب فاما أن يتخذه قبل اصابة الثاني أولا والثاني كذلك فانه اما أن
رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول أو بعده فان كان الثاني فاما أن يتخذه الاول أو لم يتخذه والاول بوجوده والوجه الاول من الثاني
غير مذكور في الكتاب وأنا أذكر ذلك تكملة للإفادة فان رما معا وأصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا وبؤ كل لان كل واحد منهما رمى الى
صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بجماله الرمي فانه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة وأصاب الرميتهان معا فاستويا
في السببية وذلك بوجوب المساواة في الملك وان رما معا فأصابه سهم أحدهما أولا فأتخذه أى أضغفه وأخرجه عن حيز الامتناع ثم
أصاب سهم الآخر فقتله فهو الاول وحل كله عندنا خلافا لزم وهو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني أصابه وهو غير متمتع فصارت كالو
رمي شاة ونحن نعتبر للحل حالة الارسال لان الاصابة بالحمل تبينه ولهذا تعين التسمية (١٨٧) حالة الارسال والارسال قد حصل

منهما والحمل صيد فلم يتعلق
بالثاني حظه والملاك حالة
الاتصال لان الملك يتصل
بالحمل وسهم الاول أخرجه
عن حيز الامتناع فملكه
قبل أن يتصل به الثاني وان
لم يتخذه فهو للثاني وهو
ظاهر وان رماه الثاني بعد
رماه الاول قبل أن يصيب
سهمه وهو الاول من
القسم الثاني فملكه حكم
ما لو رمياه معا هو لهما
وحل كله وأما المذكور
في الكتاب فقد أمد معن
المصنف في بيانه ونشير الى
بعض ألفاظه ان خفي
فقوله (هذا) اشارة الى قوله
ولم يؤكل

(قوله فان أصاب فاما أن
يتخذه قبل اصابة الثاني أولا
والثاني كذلك) أقول يعنى
اذا رميا متعاقبا (قال
المصنف أما اذا كان الاول

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يتخذه ولم يخرججه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني وبؤ كل)
لانه هو الاخذ وقد قال عليه السلام الصيدين أخذ (وان كان الاول أتخذه فرماه الثاني فقتله
فهو الاول ولم يؤكل) لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة لقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف
الوجه الاول وهذا اذا كان الرمي الاول بحال يخومنه الصيد لانه حينئذ يكون المسوت مضافا الى الرمي
الثاني وأما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح
كما اذا أبان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول
بحال لا يعيش منه الصيد لانه بقي فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما أو دونه
فعلى قول أبي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحياة لا عبرة به اعنده وعند محمد يحرم
لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصارت الجواب فيه والجواب فيما اذا كان
الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يحل (والثاني ضامن لقيمته الاول غير ما نقصته جراحته)
لانه بالرمي أتلف صيدا مملوكا لانه ملكه بالرمي المتخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم
الاتلاف قال رضى الله عنه تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم
الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا
للاول منقوصا بالجراحة فلا يفنعه كذا كما اذا قتل عبد امرىضا

اطلاقه كما أن المقيد بحرى على تقييده فتأمل في التوفيق (قوله قال رضى الله عنه تأويله اذا علم أن القتل
حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه الخ) أقول لقائل أن يقول تأويل
المسئلة ههنا بما ذكره بعد أن أولها مرة فيما قبل بقوله وهذا اذا كان الرمي الاول بحال يخومنه
الصيد يرى مستندرا لان مجموع التأويل من متعلق بمسئلة واحدة مذكورة في مختصر القدوري وهى
قوله وان كان الاول أتخذه فرماه الثاني فقتله لم يؤكل والثاني ضامن لقيمته الاول غير ما نقصته جراحته
انتهى فلما أول المصنف قوله لم يؤكل عما اذا كان الرمي الاول بحال يخومنه الصيد تعين أن يكون
أيضا قوله والثاني ضامن لقيمته الاول غير ما نقصته جراحته فيما اذا كان الرمي الاول بحال يخومنه
الصيد لان قوله والثاني ضامن لقيمته الاول فرع قوله لم يؤكل فما عو شرط في الاصل شرط في الفرع

بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح (أقول الاظهر أن يقول فان لم يبق فيه من الحياة الا بقدر
ما يبقى في المذبوح يحل الخ وان بقي فيه أكثر مما يبقى في المذبوح الخ فاما ما ذكره بقوله بأن لا يبقى الخ تفصيل لقوله أما اذا كان الاول بحال
لا يسلم منه الصيد كما لا يخفى (قوله اعتبارا بحال الرمي) أقول اعتبارا بحال الرمي هنا ليس لادلو اعتبر حالة الاتصال لم يحل فانه في تلك
الحالة أيضا صيد مباح بل لا يكون المنظور عند الثلاثة ذلك لدليل ساقهم اليه كما يذكره (قوله هو يعتبر حالة الاتصال) أقول يعنى
الاتصال بالحمل (قوله والحمل صيد) أقول الواو حالية (قوله ولللك حالة الاتصال) أقول عطف على قوله للحل في قوله ونحن نعتبر للحل (قوله
وسهم الاول أخرجه) أقول الواو حالية (قوله وان لم يتخذه) أقول معطوف على قوله فأتخذه أى أضغفه الخ (قوله حكمه حكمه مالو
رمياه معا هو لهما وحل كله) أقول لابد ههنا من تفصيل فان ما ذكره اذا أصاب السهمان معا وأما اذا أصاب الثاني بعد اصابة الاول
فاما أن يتخذه الاول أو لم يتخذه

وقوله (وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيارات الخ) بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الحل وحكمه انه لم يؤكل لان احدي الرمييتين تعلق بها احظروا والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكر المصنف لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورته الجاهلة وهي أن لا يدري أن الموت حصل بأيه ما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فبإضافة اليهما قيل كان لواجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف

(١٨٨)

بسبب قبل سبب ضمان نصف

يعنى أن ما تقدم كان فيما اذا كان الرامى الثانى غير الرامى الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا قوله (فالجواب فى حكم الاباحة الخ) يعنى لافى حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقي واضح

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سبيلين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لطائفتى الدائن والمدين وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازها وتفسيره ومشروعيتها وحكمه مذکور فى الكتاب وسند كره شيئا فشيئا أما تفسيره فمأذ كره

(قال المصنف وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري) أقول هذا يوهم أن بين المستثنين فرقا أعنى بين ما اذا حصل

وان علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيارات يضمن الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمنه نصف قيمته مجرورا بجراحته ثم يضمن نصف قيمة الجرح أما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا كالغدير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولا وأما الثانى فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوكا لغيره فيضمن نصف قيمته مجرورا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا وأما الثالث فلان بالرأى الاول صار بحال يحمل بذكاة الاختيار لولا رأى الثانى فهذا بالرأى الثانى أنفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب فى حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامى غيره ويصير كما اذا رما صيدا على قلة جبل فان تخذه ثم رماه ثانيا فأنزله لا يحمل لان الثانى محرم كذا هذا قال (ويجوز اصطيدا ما يؤكل كل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل كل) لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بما كول اللحم قال قائلهم

صيد المملوك أرايب ونعالب * واذا ركبته فصيدى الا بطل ولان صيده سبب لانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

أيضا واذا علم أن الرامى الاول كان بحال يخوم منه الصيد علم أن القتل حصل بالرأى الثانى فلا حاجة الى التأويل الثانى ثم أقول فى الجواب ان كون الرامى الاول بحال يخوم منه الصيد انما يقتضى أن لا يحصل القتل بالرأى الاول فقط ولا يقتضى أن يحصل القتل بالرأى الثانى وحده لجواز أن يحصل من اجتماع الرمييتين اذ قد يكون فى حالة الاجتماع ما لا يكون فى حالة الانفراد ومراعاة المصنف بالتأويل الثانى التقييد عما علم كون القتل حاصل بالرأى الثانى وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري ولا يقدّر التأويل الاول لهذا التقييد لان القيد الذى ذكره أولا أعم تحقّقاً من القيد الذى ذكره ثانيا لتناوله صورة أن يحصل القتل من مجموع الرمييتين كما يتناول صورة أن يحصل بالرأى الثانى وحده وانما المقصود من التأويل الاول الاحتراز عما اذا كان الرامى الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح وعما اذا كان الرامى الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل فلا استدراك أصلا بل أصاب كل من التأويلين مجرا

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطيد سبب لتحصيل المال

القتل بالثانى وحده أو بهما وليس كذلك بل لافرق بينهما لانه فى الموضوعين يضمن الثانى جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الاول الرهن الا أنه بين فى المسئلة الاولى جميع الحاصل وفى الثانية بين طريق الضمان فنقل ذلك عن قاضى خان أى عدم الفرق بين المستثنين الى آخر ما ذكره الامام الزملى فراجع (قال المصنف قال قائلهم صيد المملوك أرايب ونعالب * واذا ركبته فصيدى الا بطل) أقول البيت لعنزة العيسى وهو جاهلى وهم كافوايا كالون الثعالب وما هو شر منهم فان كان استدلاله بهم افاقى تحريم أكل الثعلب خدلاف بين علماء المسلمين فقد ذهب الشافعى وغيره الى القول بحله وان كان استدلاله بصيد الا بطل فقتل الا بطل لا يسمى صيدا الا بقربنة فهو مجاز وذلك بمنزلة تسمية الشجاع أسدا ولا يصلح الاستدلال به على أن الصيد لا يختص بما كول اللحم

(الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءؤه من الرهن بمعنى المرهون (كالديون) وهو احتراز عن إزتهان الخروج عن الرهن عن الحدود والقصاص وأما مشروعيته فبقوله تعالى فرهان مقبوضة وهو جمع رهن كعباد في جمع عبده وعماروي أنه صلى الله عليه وسلم اشترى (١٨٩) من يهودي طعاماً ورهنه درعه

وبالاجماع فان الامنة اجتمعت على جوازها من غير تكبير وبالمعقول وهو أنه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال (الرهن ينقد بالاجاب والقبول ويتم بالقبض)

كذا في الشروح أقول يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا تكون مبرجة لا يراد كتاب الرهن عقيب كتاب المصد والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة تقتضي إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب المصد والالزام تفويت تلك المناسبات فتكون مبرجة مع تلك الملاحظة وقد نهت على هذه النكتة غير مرة في نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبي الدائن والمدين كإفصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعاقب البقاء المقسد بربطه عليه وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودلائل مشروعيته وحكمه فيجبي كل ذلك في الكتاب شيئاً فشيئاً صراحة أو إشارة فتنهله في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله الرهن في اللغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءؤه من الرهن كالديون) قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن التام والالزام والافني انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى أقول ليس هذا سبباً لئلا يشك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوساً بحق الآن للعاقدة الرجوع عنه ما لم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك إلا بعد القبض والمأخوذ من التعريف المذكور في الكتاب للرهن إنما هو نفس الحبس للزومه فيه صدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضاً للارباب ثم إن الامام النسفي لما قال في الكنز هو حبس شيء بحق يمكن استيفاءؤه منه كالدين قال الزيلعي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاءؤه من الرهن لعدم تعيينه انتهى أقول فيه نظر لأن الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضاً فإن لم يكن في قوله كالدين إشارة إلى جواز الرهن بغير الدين أيضاً فلا أقل من أن لا يكون فيه إشارة إلى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين (قوله الرهن ينقد بالاجاب والقبول) قال في العناية ركن الرهن الاجاب وهو قبول الراهن رهنه هكذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لأنه عقد والعقد ينقد بالاجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ

الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءؤه من الرهن كالديون وهو مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة وعماروي أنه عليه السلام اشترى من يهودي طعاماً ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولأنه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال (الرهن ينقد بالاجاب والقبول ويتم بالقبض)

قال المصنف وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءؤه من الرهن كالديون وهو مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة وعماروي أنه عليه السلام اشترى من يهودي طعاماً ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولأنه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال (الرهن ينقد بالاجاب والقبول ويتم بالقبض)

كذا في الشروح أقول يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا تكون مبرجة لا يراد كتاب الرهن عقيب كتاب المصد والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة تقتضي إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب المصد والالزام تفويت تلك المناسبات فتكون مبرجة مع تلك الملاحظة وقد نهت على هذه النكتة غير مرة في نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبي الدائن والمدين كإفصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعاقب البقاء المقسد بربطه عليه وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودلائل مشروعيته وحكمه فيجبي كل ذلك في الكتاب شيئاً فشيئاً صراحة أو إشارة فتنهله في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله الرهن في اللغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءؤه من الرهن كالديون) قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن التام والالزام والافني انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى أقول ليس هذا سبباً لئلا يشك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوساً بحق الآن للعاقدة الرجوع عنه ما لم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك إلا بعد القبض والمأخوذ من التعريف المذكور في الكتاب للرهن إنما هو نفس الحبس للزومه فيه صدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضاً للارباب ثم إن الامام النسفي لما قال في الكنز هو حبس شيء بحق يمكن استيفاءؤه منه كالدين قال الزيلعي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاءؤه من الرهن لعدم تعيينه انتهى أقول فيه نظر لأن الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضاً فإن لم يكن في قوله كالدين إشارة إلى جواز الرهن بغير الدين أيضاً فلا أقل من أن لا يكون فيه إشارة إلى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين (قوله الرهن ينقد بالاجاب والقبول) قال في العناية ركن الرهن الاجاب وهو قبول الراهن رهنه هكذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لأنه عقد والعقد ينقد بالاجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لأنه عقد والعقد ينقد بالاجاب والقبول بان قال هذا منقوض بعقد التبرعات وقال إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع أقول ليس شيء من إرادته وتوجيهه بمستقيم أما الأول فلان من يقول من المشايخ بأن انعقاد الرهن لا يكون إلا بجمع الاجاب والقبول يقول بأن الأمر كذلك في سائر عقد التبرعات أيضاً واختلاف المشايخ في أن القبول هل هو ركن كالاجاب أم لا ليس يختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات أيضاً من العقود كالهبة والصدقة كما مر في أوائل كتاب الهبة فلا انتقاض بشيء على أصل من يقول من المشايخ بأن القبول ركن في كل عقد وقبول القصد ركن الرهن ينقد بالاجاب والقبول

كالديون مقم ان كان الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها رهناً بالدين والاقبال اقام وسيجيء التفصيل في الورق الآتي (قوله لأنه عقد والعقد ينقد بالاجاب والقبول) أقول منقوض بعقد التبرعات إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع وسيجيء تحقيقه من الشارح

(قائوا) أراد به شيخ الاسلام خواهر زاده (الركن الايجاب مجرد لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع) فالرهن يتم بالتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للمرتهن من اليد شيئاً عليه ولا نفي بالتبرع الا ذلك وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك قوله (١٩٠) (والقبض شرط للزوم) كانه تفسيراً لاول القدوري ويتم

قالوا الركن الايجاب مجرد لانه عقد تبرع فقيم بالتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط للزوم على ما بينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فأشبه الكفالة

بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزاً وبه يلزم وهو أيضاً اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضاً وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن غريب مقبوض وقال الطحاوي في مختصره لا يجوز الرهن الا مقبوضاً مفرغاً محموزاً وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضاً وقال مالك يلزم الرهن بنفس العقد لانه يختص بنفس المال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطاً كالكفالة

(قال المصنف لانه عقد تبرع فقيم بالتبرع كالهبة) أقول في أول كتاب الهبة أنها تصح بالايجاب والقبول وعلة المصنف بأنه عقد والعقد انعقد بالايجاب والقبول فليتأمل (قوله ما أثبت للمرتهن

وتعيل صاحب العناية آياه بقوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول مبني على أصل هؤلاء المشايخ وأما قول سائر المشايخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا الركن الايجاب مجرد لانه عقد تبرع فقيم بالتبرع وأوضحه صاحب العناية في شرحه وأما الثاني فلانه لو خص العقد في الصغرى بما سوى التبرع صار المعنى لانه أي الرهن عقد غير تبرع وكل عقد غير تبرع ينعقد بالايجاب والقبول ولا شئ أن الصغرى نصير حينئذ كاذبة اذ لم يقل أحد بان عقد الرهن ليس بعقد تبرع بل أطبقت كلماتهم على أنه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بما سوى التبرع (قوله قالوا الركن الايجاب مجرد لانه عقد تبرع فقيم بالتبرع كالهبة والصدقة) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع فالرهن يتم بالتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للمرتهن من اليد شيئاً عليه ولا نفي بالتبرع الا ذلك وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالهبة والصدقة وقال فيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك انتهى أقول في الجواب بحث لان الراهن ان لم يستوجب شيئاً على المرتهن ابتداء فقد استوجب عليه شيئاً في البقاء وهو صيرورته المرتهن مستوفيا لدينه عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفيا لدينه عنده هلاك الرهن في يده فينبغي أن لا يتم بالايجاب الراهن وحده بل لابد أن يتوقف على قبول المرتهن أيضاً حتى يتم جعلنا اياه مستوفيا لدينه حكاه عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجي تفصيله فليتأمل (قوله والقبض شرط للزوم على ما بينه) قال في العناية كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزاً وبه يلزم وهو أيضاً اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضاً وقال الحاكم في الكافي لا يجوز الرهن غريب مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الا مقبوضاً مفرغاً محموزاً وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضاً الى هنا لفظ العناية وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل انتهى أقول هذا قياس مع الفارق اذ قد دعت الضرورة هناك الى صرف نفي الجواز عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالاجماع فقلنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلاة والسلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك لله وهو له وأما هنا فلا ضرورة ولا مجال للعمل على نفي ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب للنفي والاستثناء اذ ليس حكم الرهن

من اليد شيئاً عليه) أقول ضمير عليه راجع الى المرتهن (قوله وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته الخ) أقول ولما ضمير لانه راجع الى الراهن وضمير عليه وصيرورته راجعان الى المرتهن (قوله وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضاً) أقول سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل

(ولنا ما تلونا) من قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء براديه الامر كما في قوله تعالى ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر أي فليصم وكافي قوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبته مؤمنة أي فليجبر فيكون تقديره والله أعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فآرهنوا وارتهنوا لكن ترك كونه معولاً به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المدينين ولا قبوله على الدائن بالاجماع فوجب أن يعمل في شرطه وهو القبض كافي قوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل بالنصب أي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فصرف الى شرطه وهو المائنة في أموال الربا فكذا هذا وفيه بحث من أوجه الاول ما قيل ان المصنف جعل الرهان مصدراً وهو جمع رهن والثاني انه يجوز أن يكون الامر لا باحة بقريضة الاجماع فينصرف الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض ان كان شرطاً للجواز والزموم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الآية مسترورة الظاهر لان ظاهرها يدل على أن الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك ومتروك الظاهر لا يصلح حجة والجواب عن الاول أنه مما يقتضي منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر بضمه كذلك واستند مقبوضة الى ضمير المصدر مجازاً على كافي سيل مغم وعن الثاني أن الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح قرينة للجواز لان الجواز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقريضة والاجماع لم يكن حال

(١٩١)

في الرهن غير ممكن فصرف الى القبض وعن الثالث أن الدليل لالزام مالك رحمه الله حيث لا يجعله شرط الزوم ولا الجواز وذلك أن الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي والتراضي وصف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن لا يقال هذا استدلال بفهوم الصفة وهو ليس بصحيح اما لان ذلك مذهب الجمهور من أصحابنا فيجوز أن يكون المصنف قد اختاره واما لان عدم

ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء براديه الامر ولانه عقد تبرع لما أن الرهن لا يستوجب عقابته على المرتين شيئاً ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كافي الوصية وذلك بالقبض

نبوت الملك للرهن بحال أصلاً فبقى في الجواز ههنا على ظاهره قوله (ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء براديه الامر) نظيره قوله تعالى فضرب الرقاب أي فاضر بوهو وقوله تعالى فتحرير رقبته مؤمنة أي فليجبرها وقوله تعالى فعدة من أيام أخر بتقدير فصوصم عدة من أيام أخر أي فليصم عدة من أيام أخر فكان المصدر فيما تلونا ههنا أيضاً وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة بمعنى الامر أي فآرهنوا وارتهنوا ثم لما كان بمعنى الامر ولم يعمل بوجوب الامر الذي هو الوجوب والزموم في حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المدينين بالاجماع وجب أن يعمل به في شرطه وهو القبض كما قلنا في قوله عليه الصلاة والسلام الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل بالنصب أي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو المائنة في أموال الربا فكذا ههنا هذا ما ذكر في جملة الشروح في شرح هذا المقام ثم ان كثير من الشراح استشكلوا كلام المصنف ههنا فقال صاحب النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال كذا في كتب اللغة ولان قوله مقبوضة بالتأنيث دال على انه جمع وليس بمصدر ولو جعل متمم بتصحيف ما في الكتاب

الصحة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفاً ان الوجوب انصرف اليها وعن الرابع أننا لانسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس بحجة لان النصوص المؤولة بمتروكة الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سنخ في هذا الموضوع والله أعلم وقوله (ولانه عقد تبرع) دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح

(قوله كافي قوله تعالى فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) أقول فان التقدير فصوصم عدة (قوله الاول ما قيل) أقول القائل هو الاتقاني والحاكي (قوله ولا حاجة الى الدليل) أقول كيف لا يحتاج الى الدليل وهي مسألة فرعية لان تسليم الاعن دليلها من الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس (قوله والجواب عن الاول أنه مما يقتضي منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر بضمه كذلك) أقول فيه بحث فان الذي جمع على رهن هو الرهن بمعنى المرهون بدل عليه توصيفه بمقبوضة ومجازي الاستعمال أيضاً ولعل الاولى أن يقال التقدير فرهان كافي قوله تعالى فعدة من أيام أخر وذلك مراد المصنف ويؤيد ما ذكرنا ما قاله القاسبي في تفسيره رهن ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون انتهى وما قاله الامام عمر النسفي في تفسيره رهن جمع رهن وهو العين المقبوض بالدين توثيقه قاله وما قاله الشيخ النسفي أيضاً في تفسيره ثم الرهن مصدر والمصدر قد تجعل أمماً ويزول عنها عمل النعل فاذا قال رهن عند زيد رهنه لم يكن انتصابه انتصاب المصدر بل انتصاب المشغول به كما يقال رهنه زيدا وتوبا لما جعل اسمها جمع كما يجمع الامم من رهن ورهان انتهى وهكذا في التفسير الكبير

بقوله تقديره قرهن رهان مقبوضة فكان المصدر محذوفاً فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال
 والمصدر المقرون بحرف الفاء والرهان لما كان مصدراً على قول صاحب الكتاب كان ارادة
 المرهون به جائرة كالرهن براديه المرهون ثم أنت المرهون بتأويل السلعة أو العين ففعل مقبوضة
 بالتأنيث كما يؤث الصوت بتأويل الصيغة لكان وجهاً بعد اذ في الاول ورود الالباس وفي الثاني
 لا يبقى المصدر بحقيقته والله أعلم الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب غاية البيان وقد سمي صاحب
 الهداية الرهان مصدراً كما ترى وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي
 ولنا فيه نظر لانه خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالجهرة وديوان الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان
 جمع رهن وجمع الرهن رهون ورهان ورهن بضمين والرهينة بمعنى الرهن أيضاً وجمعهما رهاثن
 نعم الرهان يحكي مصدر من قولهم راهنه على كذا أي خاطره مراهنه ورهان من باب المفاعلة
 ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر هو المراد في الآية لم يحتاج في صفة الرهان الى تأنيث
 التأنيث فافهم الى هنا لفظه وقال صاحب الكفاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لان الرهان جمع
 رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال وقوله مقبوضة بالتأنيث دال على أنه جمع وليس
 مصدر وانما قال والمصدر المقرون لان تقديره والله أعلم قرهن رهان مقبوضة انتهى وقال صاحب
 معراج الدراية وفي النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال فكذلك في
 كتب اللغة و يدل عليه قوله مقبوضة بالتأنيث فدل أنه جمع لا مصدر وقال في الفوائد الشاهية يجوز
 أن يكون الرهان مصدر من باب المفاعلة كالقتال والضرب ومقبوضة صفة لموصوف محذوف وهو
 قرهان مرهونة مقبوضة وأنت المرهون بتأويل السلعة أو العين كما يؤث الصوت بتأويل الصيغة ويجوز
 أن يكون الرهان مصدراً بمعنى المفعول وأنت المرهون لما ذكرنا ويجوز أن يكون الرهان قائماً مقام مصدر
 محذوف وهو قرهن رهان مقبوضة فيكون مصدراً تقديره لا تخفقا الى هنا كلامه وأما صاحب العناية
 فقد ما استشكلوه أمر اهيناً ونجيب منه حيث قال قيل ان المصنف جعل الرهان مصدراً وهو جمع رهن
 ثم قال والجواب عنه أنه ما يقتضي منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر وجمعه كذلك واسناد مقبوضة
 الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل مفعم انتهى أقول منشأ مجازفته هذه الغفول عما ذكر في كتب اللغة
 وكتب التفسير لان كون الرهان جمع رهن أمر مقرر وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا بل
 هو جمع رهن بمعنى المرهون قال في المغرب والرهن المرهون والجمع رهنون ورهان ورهن وقال في
 القاموس الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن بضمين وقال
 في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل جبل وحبال وقال في تفسير القاضي رهان ورهن كلاهما
 جمع رهن بمعنى مرهون وكذلك في سائر التفاسير ثم ان كون اسناد مقبوضة الى ضمير رهان مجازاً عقلياً
 خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا ضرورة داعية اليه وهي منتفية في الآية المزبورة اذ يصح المعنى ويحسن
 جداً جعل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما جعل عليه المفسرون ويكون الاسناد اذ ذلك
 حقيقة فاما معنى العدول عنه وبناء استدلالتا تلك الآية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه
 قول المفسرين ثم ان تمثيله المجاز العقلي الذي ذهب اليه ههنا بسيل مفعم قبيح جداً فان المفعم اسم مفعول
 أسند الى الفاعل كما عرف في موضعه وليس مما أسند الى المصدر بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب اليه
 فالمناسب في التمثيل ههنا أن يقول كما في شعر شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة ثم أقول التوجيهات
 التي ذكرت في سائر الشروح لتصح ما في الكتاب كلها أيضاً بخلاف الظاهر وخلاف ما عليه جهور
 المفسرين فالانصاف أن التمسك بعلها لا يفيد القطع ولا الالتزام على الخصم ولكن الاقرب والاشبه من
 بينهم أن يكون التقدير قرهن رهان مقبوضة على أن يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفاً كما في قوله تعالى

قوله (ثم يكتفى فيه بالتخلية) يريد به ارفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح وقوله (لانه) أي قبض الرهن (قبض موجب للضمان ابتداء) لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شأنه لا يكتفى فيه بالتخلية كما في الغصب فان المصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لان القبض بعقد التبضع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبضع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبضع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمتنقي والمحيط وغيرهما (بخلاف الشراء) جواب عن قياس وجه الظاهر بان القبض في الشراء ناقل للضمان من البائع الى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري مضمونا على البائع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء وقوله (والاول) أي وجه الظاهر (أصح) لان الرهن توثيق لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بان يحل الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته اذا لحقيقة أقوى من الجهة وما يثبت به (١٩٣) الاقوى يثبت به الادنى وأما الوصف

المدكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا لابتداء فلا يكاديين وقوله (فاذا قبضه المرتهن الخ) قد ثبت أن القبض منصوب عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معني بشأنه وذلك يقتضي الكمال والكمال في القبض هو أن يكون الرهن محموزا مفرغا متميزا فيجب ذلك وقوله محموزا احتراز عن رهن التمر على رؤس النخل بدونها وقوله (مفرغا) احتراز عن عكسه وقوله (متميزا) احتراز عن الشيوع في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه

ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول أصح قال (واذا قبضه المرتهن محموزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لوجود القبض بكماله فلزم العقد (وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن)

فعدة من أيام آخر فان التقدير فيه فصوص عدة من أيام آخر تأمل ترشد (قوله ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالراجح ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل الا أن ثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونه مختارا المصنف انتهى أقول الجواب عن هذا النقض هين فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزم القبض في الصرف انما يثبت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد كما تقرر في محله والقياس بترك النص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس (قوله وعن أبي يوسف انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب) قال صاحب العناية فيه نظر لان القبض بعقد التبضع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبضع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبضع انتهى أقول هذا النظر في غاية السقوط لان جهة التبضع في الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التبضع فيه من حيث انه يجعل محموزا في يد المرتهن بلا استيجاب شيء عليه بمقابلة ذلك وجهه الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجهه فيستقر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا لدينه كما ستطلع على بيانه والمنافاة بين التبضع والضمان انما تلزم ان لو كانا من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية انه كيف خفي عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سياتي في الكتاب من تفصيل دليلنا العقلي على مسئلة أنه اذا سلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل في ضمانه (قوله فاذا قبضه المرتهن محموزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) قال صاحب

(٣٥ - تكمله ثامن) قال المصنف لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع (أقول منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالراجح ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل الا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونه مختارا المصنف) قوله لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد أقول الاولى أن يقال قبل القبض (قوله وما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى) أقول لم لا يجوز أن يحتاج الادنى لضعفه الى ما يقويه ويؤكد (قوله فلا يكاديين) أقول فيه بحث (قوله محموزا احتراز عن رهن التمر على رؤس النخل بدونها) وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وقوله متميزا احتراز عن الشيوع في الرهن) أقول قال صدر الشريعة في شرحه لا لوقاية قبض محموزا أي مقسوما غير شائع مفرغا أي غير مشغول لحق الراهن حتى لا يجوز رهن الارض بدون النخل والشجرة بدون الثمر وادفعها متاع الراهن بدون المتاع غير أي ان كان متصلا بحق الراهن خافه كالرهن على الشجر يجب أن يعز ويقتل عنه فالمفرغ والمميز يتعلق بالحمل فيجب فراغه عما حل فيه وهو ليس بمرهون سواء كان اتصاله به خلقا أو مجاورة والمميز يتعلق بالحاصل في المحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون اذا كان اتصاله به خلقا حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضر كرهن المتاع الذي في بيت الراهن انتهى فتأمل التباين بين التفسيرين

لما ذكرنا أن الزوم بالقبض هو الاستيفاء لا يحصل قبله أي قبل القبض فإذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو أمانة في يده لا يسقط به إلا كشيء من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلّق الرهن قالها أي هذه الأمانة ثلاثاً لصاحبه غنمه أي زوائده وعليه غرمه أي هلاكه قال ومعناه لا يصير أي الرهن مضموناً بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين ليزاد به الصيانة فلو سقط الدين به لأكده عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقه وحقه الدين فيكون ذاهباً لا يقال المراد به ذهب حقه من الامساك أو من المطالبة برهن آخر لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الاخبار عنه والثاني ليس بحقه ولأنه ذكر الحق في أول الحديث منكر أن رجلاً رهن فرساً عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصم إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقه فذكر الحق منكر أن أعاده معرّفاً في ذلك يكون الثاني عين الأول كذا في النهاية وفيه نظر لأن أحدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي عليه السلام ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة إلا إذا علم أن المنكر كان واقعاً من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه الصلاة والسلام إذا غنى الرهن فهو بمافيه معناه على ما قالوا (١٩٤) إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدم ما هلك يعني إذا قال الراهن

لما ذكرنا أن الزوم بالقبض هو الاستيفاء لا يحصل قبله قال (وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه) وقال الشافعي رحمه الله هو أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين به إلا كقوله عليه السلام لا يغلّق الرهن قالها ثلاثاً لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضموناً بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين فهل كذا لا يسقط الدين اعتباراً به لئلا يصحك وهذا لأن بعد الوثيقة بزاد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك بضاد ما اقتضاه العقد إذا الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقه وقوله عليه السلام إذا غنى الرهن فهو بمافيه معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدم ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كفيته والقول بالأمانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلّق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي والتمكّن بأن يصير مملوكاً كذا ذكر الكرخي عن السلف ولأن الثابت للمرتهن من الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لأن الرهن ينبت عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

الغناية في شرح هذا المقام قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معني بشأنه وذلك يقتضي الكامل والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوً مفرعاً متميزاً فيجب ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هذا البسط والتقرير يقتضي أن لا يثبت القبض بالتخلية في باب الرهن بل يجب أن يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون ألا شك أن الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعبرات (قوله لأن الرهن ينبت عن الحبس الدائم) قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

لا أدري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكى هذا التأويل عن أبي جعفر وقوله (مع اختلافهم في كفيته) يعني أنهم اتفقوا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كفيته وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة وروى عن ابن عمر وابن مسعود أنهم ما قالوا الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين وهكذا روى عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروى عن ابن عباس أنه مضمون بالدين واختلافهم على

هذا الوجه إجماع منهم على أنه مضمون قال قول بكونه

أمانة خرق للاجماع والمراد بقوله عليه السلام لا يغلّق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي أي يصير مملوكاً كذا ذكر الكرخي عن السلف كطاوس وأبراهيم وغيرهما وقال مالك رحمه الله وتفسير ذلك فيما يرى أن يرهّن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عمار رهن به فيقول الراهن للمرتهن إن جئت بحقك إلى أجل بسميه له والأفألهن لك بما فيه فهذا لا يصح ولا يحل وهذا الذي ينهى عنه فإن جاء صاحبك بمافيه بعد الأجل فهو له وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني أن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد إلى أن ذلك في البيع إذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وأن يبيع بفضل عن الدين أخذ الراهن ذلك الفضل وقوله (ولأن الثابت للمرتهن من الاستيفاء) دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن من الاستيفاء ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لأن الرهن لغنة ينبت عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي وقال زهير

(قال المصنف وقوله عليه الصلاة والسلام إذا غنى الرهن فهو بمافيه) أقول الباء للقبالة والمعاوضة

وفارقتك برهن لافسكاله * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

أى ارتفعت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فككا وليس فيه ضمان ولا هلاك كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام اغماهم من قوله لافسكاله لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لم يدام وتأيد بنفي الفسكاله دل أنه بنى عن الدوام اذ لم يكن موجبا لذلك لم يدام بنى ما يعترضه بل كان الدوام مثبتا بآيات ما يوجبها فثبت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعى متبعا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ولتكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء ومعناه أن يكون الرهن موصلا اليه أى الى الاستيفاء وذلك أى كونه موصلا اليه ثابت بآيات الدوام والحبس ليقع الامن عن مخور الرهن مخافة مخور الرهن ومعناه ان الحبس يفضى الى أداء الحق لان الرهن يحشى ان يحسد الدين أن يحسد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخلص الاكثر

(١٩٥)

أبضا قضية تدل على اليد والحبس فتضم اليهما قوله (واذا كان كذلك) أى اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهسكاله لانتهاء احتمال النقض فلزم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو بالخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينتقض هذا الاستيفاء أى للدين بالحبس بالرذ على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرذ في نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لنقض الاستيفاء ألا ترى أن المبيع اذا هلك

وفارقتك برهن لافسكاله * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلا اليه وذلك ثابت بآيات الدوام والحبس ليقع الامن عن الخور مخافة مخور الرهن ويمكن عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى قضاء الدين لحاجته أو لضجيره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهسكاله فلما استوفاه ثانيا يؤدي الى الربا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرذ على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور

وفارقتك برهن لافسكاله * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا قال في العناية قيل الدوام اغماهم من قوله لافسكاله لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لم يدام وتأيد بنى لفسكاله دل أنه بنى عن الدوام اذ لم يكن موجبا لذلك لم يدام بنى ما يعترضه بل كان الدوام مثبتا بآيات ما يوجبها فثبت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم انتهى أقول السؤال والجواب في الاصل لتأخر الشرعية لكن الجواب ليس بنام عندي لان قوله اذ لم يكن موجبا لذلك لم يدام بنى ما يعترضه ممنوع فان ما يعترضه اذا كان منافضا لدوامه يلزم من نفي ذلك دوامه سواء كان ما يوجب دوامه نفسه أو امر اخر جاعله والاي لم يرتفع القيصين معا وما نحن فيه كذلك اذ لا شك أن فسكاله الرهن ينافي ويناقض دوامه فيلزم من نفيه تحقيق دوامه وان كان دوامه مما يوجب نفسه بل كان بسبب خارج فلم يثبت في البيت المزبور انباء لفظ الرهن نفسه عن الحبس الدائم بل جاز أن يكون انفعال ذلك من نفي فسكاله تدبر تفهم (قوله واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهسكاله فلما استوفاه ثانيا يؤدي الى الربا) يعنى اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهسكاله لانتهاء احتمال النقض فلزم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو ربا كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول نعم لو استوفاه ثانيا أدى الى الربا ولكن اذا لم يستوفه ثانيا أصلا

قيل التسليم فانه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به أجيب بأن النقض انما يتحقق فيما أمكن رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الربا وهو أن يستوفي رقبة لا يدا أجاب بقوله ولا وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور

(قوله بل كان الدوام مثبتا بآيات ما يوجبها) أقول لا يخفى أن الرهن يدوم بادامة الراهن واذا قل يزول الدوام ومعنى الانفصال له ابقاؤه على الرهنية والاحتباس فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وانباؤه عما ذكره من الحبس الدائم من البيت فليستأمل (قوله لان قيمة الرهن قد تكون الخ) أقول ليس هذا محل كلمة التقليل ولا يظهر أن يقول يكون أكثر من الدين في الأكثر لأن يحمل على التحقيق يجعل النادر معدوما في الحكم (قوله لانه ينتقض هذا الاستيفاء أى للدين بالحبس بالرذ على الراهن) أقول قوله بالرذ متعلق بقوله ينتقض (قوله فان الهلاك لم يتعين لنقض الاستيفاء) أقول الهالك فيما نحن فيه هو ما يستوفي منه وفي التنوير ليس ذلك فكيف يتصور به وذاك أن تقول ما ل جوابه أيضا فليستأمل

وقوله (والاستيفاء يقع بالمالية) جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لما كان المال عين الدين أو بعبارة لا سبيل إلى الأول لأن الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه ولا إلى الثاني لأن الرهن يبدل بالصرف والمسلم فيه جائز والاستيفاء بهما غير جائز ووجه الجواب أن المختار الأول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة أو بالمالية والأول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إن اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة أن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فإنه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بهما وقوله (وموجب العقد) جواب عما قال الشافعي رحمه الله الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يرداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد ووجهه أن موجب العقد ثبوت بدال الاستيفاء كذا كرنا وذلك يحقق الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كافي الحوالة فانه لو جب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وإن كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لأن الاعتبار بالموضوعات الأصلية لا للوازم الضمنية ونوقض بنقض إجمالي وهو أن المستأجر بعد الفسخ

(١٩٦)

محبوس عند المستأجر بالاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت بدال الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وإن كان فراغ الذمة من ضروراته كافي الحوالة فالحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتسباً بدينه بآثار بدال الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المتخالف فيها بيننا وبينه عددنا ما في كفاية المنتهى جملة منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد لا لتفادله بغيره وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجهه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى قال (ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون) لأن حكمه ثبوت بدال الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن أن يقال إن الواجب الأصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين

يؤدي إلى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة والتأدي إلى ضياع حق المسلم محذور شرعي أيضاً الوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الرابا تأمل في الدفع (قوله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين) يعني يرد على هذا اللفظ أي على لفظ القدوري وهو قوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها أي الأشكال بصحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها وهي ما يجب مثله عندها كره أن كان مثلاً وقيمتها إن كان قيمياً كالمنصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوهما فانه يصح الرهن بتلك الأعيان ولا دين فيها وأجاب بالمنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الأجرة وقوله (فالحاصل الخ) واضح قال (ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون الخ) قيل ذكر مضمون لنا كبذل كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سيجب كالورهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لأن حكمه أي حكم الرهن ثبوت بدال الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب وأما محتمته بالدين الموعود فسيجيء الكلام فيه وقوله (ويدخل) أي يشكّل على هذا اللفظ أي الذي يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها كالمنصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيل قوله بأنفسها احتراز عن غيرها والحاصل أن الرهن إما أن يكون بالدين أو بالعين والأول صحيح بكل حال والثاني إما أن يكون بدين مضمون أولاً والثاني غير صحيح كافي الودائع والحواري والمضاربات والشركات والأول إما أن تكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاك المثل إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً ويكون مضموناً بغيرها وهو المضمون بغير المثل أو القيمة كالبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن وإذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون يشكّل عليه الأعيان المضمونة بنفسها فإن الرهن بها صحيح ولا دين ثمة وأجاب المصنف بقوله ويمكن أن يقال على ما اختاره بعض المشايخ أن الواجب الأصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين

(قوله واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه) أقول يعني واستيفاء عين الدين (قوله لما تقدم في الهبة) أقول وفي آخر الصلح أيضاً

(ولهذا تصح الكفالة بها) أي بالعين المضمون بنفسه وقوله (ولئن كان لا يجب القيمة إلا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه) جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ وتقريره أن سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت (١٩٧) الكفالة واعتراض بأن صحة الكفالة

لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سبب كما لو قال ماذا لك علي فلان فعلى ذون الرهن وأجيب بأن قوله ماذا لك إضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك ذون الرهن يريد به ديننا ما انعقد سبب وجوبه وأودينا انعقد ذلك فإن كان الأول فليس كلامنا فيه وإن كان الثاني فهو ممنوع فانه عين مانحن فيه وقوله (ولهذا) يجوز أن يكون توضيحا على كل من التحريرين أما على الأول فتقرر به ولكون الموجب الأصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلا كما فلو حال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لأن الموجب الأصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مخلصا ولم يحصل وأما على الثاني فتفسيره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فهلاك العين لا تبطل الحوالة بخلاف الودعة فإن الحوالة عليها تبطل بهلا كما لانه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب للوجوب

ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لا يجب إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كافي الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة بهلا كما بخلاف الودعة

المصنف عن هذا الاشكال بقوله ويمكن أن يقال إلى آخره كذا قاله الشراح قاطبة غير أن صاحب غاية البيان بعد أن وافق سائر الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلت لأرد على القدوري الاعتراض رأسا لانه لا ينفى صحة الرهن بالأعيان المضمونة بانفسها بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي وانما اقتصر ههنا على الدين لأن الغالب في الرهن أن يكون بالدين واكتفى به ههنا اعتمادا على ما ذكره في موضع آخر إلى هنا لفظه أقول لا ينبغي لمن له أدنى تمييز فضلا عن مثل ذلك الشارح أن يقول ان القدوري لم ينف في مختصره صحة الرهن بالأعيان المضمونة بانفسها بعد أن رأى ما في لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن الا بالدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهي النفي والاستثناء وانما يصح ما قاله الشارح المزبور أن لو كان لفظ القدوري في مختصره ويصح الرهن بالدين ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن الا بالدين لم يبق له مجال وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي شيئا في دفع الاشكال أو اورد على لفظه في مختصره وقد تداركه المصنف بقوله ويدخل على هذا اللفظ وأما محل القصر الواقع في هذا المختصر على القصر الادعائي فمبطل عن مساعده هذا الفن اياه فان مجرد تخصيص الشيء بالدكر في الروايات الواقعة في هذا الفن يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به فافطنك بدلالة أداة القصر على ذلك (قوله ولهذا تصح الكفالة بها) قال في العناية واعتراض بأن صحة الكفالة بها لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سبب كما لو قال ماذا لك علي فلان فعلى ذون الرهن وأجيب بأن قوله ماذا لك إضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك ذون الرهن تريد به ديننا ما انعقد سبب وجوبه وأودينا انعقد ذلك فإن كان الأول فليس كلامنا فيه وإن كان الثاني فهو ممنوع فانه عين مانحن فيه انتهى أقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة ولهم ما وجه صحة وأما قوله ويصح أن يقال إلى آخره فن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له وجه صحة إذ المراد هو الأول وقوله فليس كلامنا فيه ليس بشيء لأن عدم كون كلامنا فيه لا يضر بغرض السائل بل يعينه فان مقصوده القدرح في قول المصنف ولهذا تصح الكفالة بها بأن صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لان الكفالة تصح بدين سبب ولم ينعقد سبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بخلاف فيجوز أن تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه أيضا الذي كلامنا فيه ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى أن عدم كون كلامنا في الدين الذي لم ينعقد سبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وانما يدفعه ما أشار إليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سبب ولم ينعقد سبب وجوبه وانما قوله ماذا لك علي فلان فعلى إضافة الكفالة إلى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة ومما اد المصنف بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال (قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض) أقول هذا التنوير لا يتم الا على قول أبي يوسف فإن المعبر عند أبي حنيفة بقيته يوم الخصومة وعند محمد بقيته يوم الانقطاع كما مر تفصيلة في صدر كتاب الغصب مع أن صحة الرهن بالأعيان المضمونة بانفسها على قول أئمتنا جميعا فلا يتم التقرير بالاعلى قول أبي يوسف وليت شعري لم يتعرض

(قوله وإن كان الثاني فهو ممنوع) أقول فيه بحث فان الكفالة بالأول صحيحة دون الرهن فتوجه السؤال الآن يخص الكفالة المقيس أيضا عليها بما انعقد سبب وجوبه

قال (وهو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين الخ) الرهن مضمون بأقل أي بما هو الأقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح وقوله (بترادان الفضل) يعني أن الترادان بما يكون من الجانبين وقوله (كأني حقيقة الاستيفاء) مثل ما إذا أوفاه ألف درهم في كسب وحقه في ألف فانه يصير ضمانا قدر الدين والزيادة على قدر الدين أمانة فكذا هذا وقوله (ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها) لأننا لو لم نجعل الزيادة رهونة أدى إلى الشروع أو لعدم انفكاكها عنه وقوله (ولا ضرورة في حق الضمان) لأن بقاء الرهن مع عدم الضمان يمكن بأن استعد الراهن الرهن من المرتهن فإن الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجيء وقوله (والمراد بالتراخي ما روى حالة البيع) يعني توفيقا بين حديثي على رضى الله عنه (١٩٨) فانه روى عنه المرتهن أمين في الفضل فيجب حل الأول على حالة البيع

قال (وهو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفى الدينه وان كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة في يده) لأن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (وان كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل) لأن الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث على رضى الله عنه قال بترادان الفضل في الرهن ولأن الزيادة على الدين رهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة باعتبار ما بقدر الدين ومذهبا مروى عن عمرو وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما ولأن يد المرتهن بدلا للاستيفاء فلا توجب الضمان إلا بالقدرة المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة رهونة به ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراخي ما روى حالة البيع فانه روى عنه أنه قال المرتهن أمين في الفضل قال (وللمرتهن أن يطالب الراهن بدنيه ويحبسه به) لأن حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الضمان فلا تغتصب به المطالبة والحبس جزاء الظلم فإذا ظهر مطالعة عند القاضي بحبسه كما يبناه على التفصيل فيما تقدم (واذا طالب المرتهن بدنيه يؤمر باحضار الرهن) لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام بدلا لاستيفاء لانه يشكر بالاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل (واذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين إليه أولا) ليتعين حقه كاتين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا (وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العتق فيه ان كان الرهن مما لا أجل له ولا مؤنة فكذلك الجواب) لأن الاماكن كلها في حق التسليم مكان واحد فيما ليس له أجل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الإبقاء فيه في باب السلم بالاجماع (وان كان له أجل ومؤنة يستوفى بدنيه ولا يكاف احضار الرهن) لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه (ولو سلب الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز)

يعني إذا باع المرتهن الرهن بأذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه إلى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله (كأيناه على التفصيل فيما تقدم) يعني في فصل الحبس من أدب القاضي وقوله (واذا طالب المرتهن بدنيه) واضح وقوله (تحقيقا للتسوية) قيل لأن الرهن وان كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث انه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه وباعتباره شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه وقوله (لانه يتضرر بزيادة الضرر ولم يلتزمه) يعني المرتهن ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه

لهذا احدث من الشراح (قوله وهو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين) قال بعض الشراح وقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمر ويكون العلم غيرهما ولو قال مررت بالأعلم من زيد وعمر يكون العلم واحدا منهم والمراد ههنا واحد من القيمة والدين وهو أقلهما لا أمر ثالث ثم إن تاج

لاطلاق

موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول

(قوله ووقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث) أقول اذ تكون من حيث ذنوبية لوجوب استعمال الفعل بأحد الأشياء الثلاثة وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو وفيه بحث اذ قد يحذف من من اللفظ وههنا أيضا كذلك والقريضة على الحذف شهرة المذهب فن الملقطة للبيان كفاصله صدر الشريعة في شرح الوفاية ولمكان حرف التعريف هنا (قوله يعني أن الترادان بما يكون من الجانبين) أقول فيرجع كل منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك (قوله وأول عدم انفكاكها عنه) أقول معطوف على قوله لأننا لو لم نجعل الزيادة

وقوله (لاطلاق الامر) يشبه الى أنه لو قسده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة وقوله (لأنه لا قدرة له على الاحضار) لأن الرهن يبيع بأمر الرهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله (وكذا إذا أمر المرتهن) يعني لا يكلف احضار الرهن لأنه أي الرهن صار ديناً بالبيع بأمر الرهن فصار كأن الرهن رهنه وهو دين لأنه لما باعه بأذنه صار

(١٩٩)

التمن رهناً براضيه مما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن الى التمن ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء فصار كأنه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله (الا أن الذي يتولى قبض التمن هو المرتهن) استثناء من قوله فصار كأن الرهن رهنه وهو دين بحسب عما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن أن يقبض التمن من المشتري كما لو كان الرهن في يد عدل لكن له ذلك ووجه ما ذكر أن ولاية القبض باعتبار كونه عاقداً والحقوق ترجع اليه وقوله (وكا يكلف احضار الرهن لاستيفاء الكل يكلف لاستيفاء النجم) قيل إذا ادعى الرهن هلاك الرهن وأما إذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك واليه أشار بقوله لاحتمال الهلاك وقوله (ثم إذا قبض التمن) يعني ان باع الرهن وقبض التمن فاذا قبضه وجب احضاره لاستيفاء النجم لقيامه مقام العين

لاطلاق الامر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن) لأنه لا قدرة له على الاحضار (وكذا إذا أمر المرتهن ببيعها ولم يقبض التمن) لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الرهن فصار كأن الرهن رهنه وهو دين (ولو قبضه يكلف احضاره) لقسام البدل مقام المبدل لأن الذي يتولى قبض التمن هو المرتهن لأنه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكا يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء النجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم إذا قبض التمن يؤثر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين

الشرعية من الشرايين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمسكر حيث قال والمعنى فيه أن كلمة من في قوله الأقل منها التبعية والأقل يصلح بعضاً إذا الأقل مع منها معرفتان بخلاف أقل منهما لأن أقل نكرة وهما معرفة والمعرفة لا تتناول النكرة انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد لأن سلم ان المعرفة لا تتناول النكرة تتناول السكك كاهو مقتضى من التبعية نعم ان المعرفة والنكرة لا يتحدان لأن مدلول المعرفة شيء بعينه ومدلول النكرة شيء لا بعينه وهما متضادان فلا يتحدان وأما كون المذهب بعضاً من المعين فلا استحالة فيه بل هو أمر شائع مستعمل ألا ترى الى قولنا واحد منهما أو جزء منهما وأيضاً منهما يكون كذا فإنه صحيح بل لا ريب وشائع مستعمل مع أن كلمة واحد وجزء وبعض نكرة وكلمة هما في منها معرفة ومن التبعية على أن الوجه المذكور للفرق بين أن يكون اسم التفضيل معرفاً وبين أن يكون منكر انما يشي بما إذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يشي بما إذا كان مدخولها نكرة إذ لا يلزم أن ذلك تناول المعرفة للنكرة مثلاً لو كانت العبارة فيما نحن فيه أقل من قيمة دين لزم أن لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الأقل وتنكيره وإيس كذلك قطعاً وذكر بعض الفضلاء وجه آخر للفرق بين المعرف والمسكر حيث قال اذ تكون من في المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الأقل بأحد الاشياء الثلاثة وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو ثم قال وفيه بحث اذ قد تحذف من من اللفظ وههنا أيضاً كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى أقول الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض ويحتمل ساقطاً اذ قد تقرر في علم النحو أنه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون أحد الاشياء الثلاثة إلا أن يعلم المفضل عليه ويتعين كافي قوله تعالى يعلم السهر وأخفى وقوله تعالى ولذ كرا لله أكبر وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير أن ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعاء كونه معلوماً بقرينة شهرة المذهب غير مسموع لأنه لا يصح صديان المذهب في هذه المسئلة ولم يبين من قبل في موضع آخر فنأين حصلت الشهرة كيف ولتتحقق الشهرة في مسئلتنا هذه بحيث جاز به ترك ما لا بد منه في استعمال صيغة التفضيل لاستغنى عن ذكرها وإيائها ههنا بالكلية (ف قوله لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الرهن فصار كأن الرهن رهنه وهو دين) قال بعض الفضلاء فيه بحث فإن المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياساً عليه انتهى أقول لا يخفى على الفطن أن مراد المصنف بتعليقه المذكور ليس اثبات حكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذكور بل مراده به بيان أن حكم الرهن يبق في الدين الذي صار خلفاً عن العين المبيع بأمر الرهن لأن الأصل كان صالحاً لأن يكون رهناً فكذلك خلفه تمعاً وان لم يصلح الدين للرهنية أصالة فحكم من تبي يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت أصالة وقوله فصار كأن الرهن رهنه وهو دين إشارة الى معنى الخلقة لا الى القياس وهذا

(قال المصنف فصار كأن الرهن رهنه وهو دين) أقول فيه بحث فإن المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياساً عليه فليأمل (قال المصنف لاستيفاء الدين) أقول يعني النجم لئلا يلزم التكرار

وقوله (وهذا بخلاف ما اذا قتل) اشارة الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ببيعه الى آخره فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شئ بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فلا يدين احضار كلها كما لا يدين احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا تكون القيمة ههنا كالثمن غرة وهي ليست في يد المرتهن فيجب الراهن على القضاء كما كان غرة أجب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية فصار كالرهن في يد عدل بخلاف ما تقدم فان الرهن صار ديناً بقله فكان مائتاً فاسخا وجعل الثمن رهناً ابتداء كما مر فافترقا وفي النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نعيم قد حل ووجهه هكذا أي في مسألة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نعيم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لم يقبض شيئاً قال (وان كان الرهن في يده الخ) اذا كان الرهن في يد المرتهن فهو مخير بين أن يترك الراهن من يبعه وأن لا يمكن لان حكمه الحبس (٣٠٠) الدائم الى أن يقضى الدين على ما بيناه وذلك حقه فله اسقاطه وكلامه

واضح وقوله (فلو هلك) وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا يدين احضار كلها كما لا يدين احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار ديناً بفعل الراهن فلهذا افترقا (ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن بطلب دينه لا يكلف احضار الرهن) لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يده غيره فلم يكن تسليمه في قدرته (ولو وضعه العدل في يدهم في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول أو دعني فلا ن ولا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين) لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئاً (وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو) لما قلنا (ولو أن الذي أودعه العدل بحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى ثبت كونه رهناً) لانه لما بحد الرهن فقد نوى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولا يعلل المطالبة به قال (وان كان الرهن في يده ليس عليه أن يبيعه من البيع حتى يقضيه الدين) لان حكمه الحبس الدائم الى أن يقضى الدين على ما بيناه (ولو فضاء البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية) اعتباراً بحبس المبيع (فاذا فضاء الدين قيل له سلم الرهن اليه) لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه (فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما فضاء) لانه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده مع ظهوره لكل منأمل متقن قد صرح به أكثر الشراح حيث قالوا فان قيل لورهن الدائن ابتداء لا يصح لانه لا يكون محلاً للرهن قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن في الدين لكونه بدلاً عن المغبوض وهو قد كان صالحاً لذلك فيثبت هذا الحكم في خلفه تبعاً لامقصود انتهى (قوله فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما فضاء) لانه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده قال في العناية وطوبى بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبداً بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن

واضح وقوله (فلو هلك) أي الرهن (قبل الرد استرد الراهن ما فضاء) لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطوبى بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبداً بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعها اياه فانه لا ضمان عليه استحساناً وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقر بالهلاك فصرورته مستوفياً بهلاك الرهن بعد ابراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد ابراء المرتهن المستوفي فيجب أن يكون ههنا كذلك

(قوله وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل اشارة الى قوله وكذا) أقول ولعل الاولى أن يجعل اشارة الى بيع العدل وكذلك

أو المرتهن الرهن بأمر الراهن قال العلامة الكاكي اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نعيم قد حل بخلاف مسألة القتل حيث لا يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نعيم يؤديه انتهى هكذا رأيت في شرح الكاكي ففيه بحث ظاهر حيث لا يطابق المشروح (قوله أجب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية) أقول لا يقال الاصول أن يقال حتى يجعل رهناً مكانه فانه لم يكن رهنية الثمن في المسئلة المتقدمة بطريق الانتقال كما حققه لان بين الثمن والقيمة فرقا ولا يلزم من عدم الانتقال في الاول عدم الانتقال في الثاني (قوله وجعل الثمن رهناً) أقول الظاهر أن يقال وجعل (قوله وفي النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نعيم الى قوله وهو كما ترى متعسف) أقول لا يكلف المرتهن بالاحضار في مسألة القتل لعل بعدم قدرته قبل مضي ثلاث سنين ولا يجبر الراهن أيضاً على الانباء وفيما نحن فيه يكلف المرتهن فيجبر الراهن اذا أحضر ولعل مراد الامام السفناني هذا (قوله وطوبى بالفرق) أقول نقض اجمالى (قوله فانه لا ضمان عليه استحساناً) أقول تجب المسئلة في أواخر كتاب الرهن

وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستند إلى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين من ليس عليه لغو وقوله (على وجه الفسخ) احتراز عما إذا رده على وجه العارية فإنه لا يبطل الرهن وقوله (لأنه) أي الرهن (يبقى مضمونا مادام القبض والدين باقيا) ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين باقيا وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة إذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم أحدهما فان قيل فينبغي أن لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما هو فكان الكلام متناقضا أجيب بأن بقاء احتمال الحبس (٢٠١) باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان وفيه نظر

لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما اذا لم ينشأ عن دليل وقوله (ولو هلك في يده) يعني اذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله (وليس للمرتهن) معناه انتفاع جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به

(وكذلك لو توافقت الرهن له حبسه مالم يقبض الدين أو يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين (ولو هلك في يده) سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن (وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا بلس الا أن يأذن له المالك) لان له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له أن يبيع الابتسليط من الراهن وليس له أن يؤجر ويعير) لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال

عن عه اياه فإنه لا ضمان علمه استحسانا وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقضه السابق وقد تقرر بالهلاك قصبر ورته مستوفيا بملك الرهن بعد الإبراء منزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء برد المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستند إلى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين من ليس عليه لغو وانتمى أقول في خاتمة هذا الجواب خلل لأن قوله واسقاط الدين من ليس عليه لغو ومن الكلام ههنا لان الإبراء في مادة النقض من الراهن ولا شك أن الراهن من عليه الدين فكان الإبراء فيها من عليه الدين فلم يكن لغو بل كان اسقاطا صحيحا فلا محاسن لقوله واسقاط الدين من ليس عليه لغو عما نحن فيه فان قلت مراده أن يد الاستيفاء ثابت للمرتهن بعقد الرهن وتقرر بالهلاك مستند إلى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفيا دينه من وقت القبض فصار الاستيفاء مقبدا على الإبراء في الحكم فلم يكن الراهن مديونا وقت الإبراء لسقوط دينه بالقبض السابق فلم يكن الإبراء فيما نحن فيه اسقاط الدين من عليه من هذه الحنية فلهذا قال واسقاط الدين من ليس عليه لغو قلت لو كان لهذه الحنية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقض وكان الإبراء فيه لغوا بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتهن لثبوت الاستيفاء له بيده بقضه السابق وتقرره بالهلاك وكون الإبراء لغوا على الفرض مع أنه لا يجب عليه الضمان فيه وهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بين مسألة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب فالحق في الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال قلت ان ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار الدين وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين بنعدم باعتماد أحدهما ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذا اذا أبرأ عن الدين بسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض وهذا بخلاف لو استوفى الدين حقيقة لان هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرر فان ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء

(قوله) وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا) أقول فيه بحث فإنه ذكر قيل هذا الكلام أنه إذا هلك الرهن في يد المرتهن بعد الإبراء يكون الإبراء لغو الكون الدين مستوفى مستندا إلى القبض وليس معنى الضمان الا ذلك لكن التعويل على ما ذكره ههنا يدل عليه كلام المصنف في أواخر الكتاب (قوله) وكان الكلام متناقضا) أقول ولك أن تقول الدين باق بعد القضاء لكنه

(٢٦ - تكمله ثامن) لا يطالب به لعدم الفائدة وإلى ذلك أشار صاحب النهاية وسيجي ما ذكره في آخر كتاب الرهن من الهداية ولهذا لم يعد شهادة من شهد بألف وقضى خمسمائة منها على ما مر في فصل الاختلاف في الشهادة فراجع (قوله) أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان) أقول اعتراف بعدم انعكاس العلة وذلك هو غرض القائل وجوابه تعميم الدين بجهته أيضا كما سيبي في آخر كتاب الرهن من المصنف (قوله) معناه انتفاع جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به) أقول سبق من الشارحين تخطئة المصنف في هذا اللفظ في فصل كرى الآثار ان قيل انما أنكر وافية استعمال الانتفاع في معنى النفع لا مطلقا فلنا لا مانع من أن يراد منه فيه المعنى الذي أريد منه ههنا

قال (ولم يرهن أن يحفظ الرهن بنفسه الخ) كلامه واضح والعبرة في العيال للساكنة لا للنفقة ألا ترى أن المرأة إذا ارتهنت وسلمت الرهن إلى الزوج لم يضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته إذا ساكن الاب وخروج الاب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن قال (وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن) فان أبي القاضى يأمر المرتهاين بأن يتفق عليه فإذا قضى الدين فلهما رهن أن يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة وان هلك الرهن (٣٠٣) بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر وقال أبو يوسف النفقة دين على الراهن

والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله (وكل ما كان لحفظه أو لردده إلى يد المرتهاين) كجعل الأبق (أو لرد جزء منه) كمداداة الجراح وقوله (والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه) قال في شرح الطحاوى لو شرط الراهن للمرتهاين شيئا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله (اتعلقه بالعين) يعني بخلاف حق المرتهاين من حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالعين متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الأرض لتكون كل واحد منهما عيناً ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما إذا ارتهن أرضاً عشرية مع شجر أو زرع فيها أخذ العشر والاستحقاق في جزء من الأرض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في استحقاق العشر أجاب

(ولم يرهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجه وولده وخادمه الذي في عياله) قال رضي الله عنه معناه أن يكون الولد في عياله أيضاً وهذا لأن عينه أمانة في يده فصار كالوديعة (وان حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن) وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلالة في الوديعة (واذا تعدى المرتهاين في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة والامانات تضمن بالتعدى (ولورهنه خاتماً فجعله في خنصره فهو ضامن) لأنه متعدي بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه وانما الأذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة (ولو جعله في بقية الأصابع كان رهناً بما فيه) لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطليسان أن لبسه ليساهم اعتباراً ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن (ولورهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين) لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتماً فوق خاتم ان كان هو من يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال (وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهاين وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن) والاصل أن ما يحتاج إليه مصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن لأن العين باقية على ملكه وكذلك منافعه مما كونه فيكون أصلها وتبقيته عليه لما أنه مؤتمن بملكه كافي الوديعة وذلك مثل النفقة في ما كله ومشربه وأجرة الراعي في معناه لأنه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة طائر ولدا الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصلحه وكل ما كان لحفظه أو لردده إلى يد المرتهاين أو لرد جزء منه فهو على المرتهاين مثل أجرة الحافظ لأن الامساك حقه والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعى في تبقيته ومن هذا القسم جعل الأبق فانه على المرتهاين لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت مؤتمنة لرد فبذلزمه وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة في يده والرد لأعادة اليد وبه في الزيادة يد المالك أذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه فان كاهن يجب على المرتهاين وان كان في قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما العمل انما يلزمه لأجل الضمان فمقدر بقدر المضمون ومداداة الجراحه والقروح ومعالجة الامراض والفساد من الجنابة تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لأنه من مؤن المالك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهاين لأنه ملقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لأن وجوبه لا ينافي بملكه بخلاف الاستحقاق

وحصول المقصود بالنسبة يقرره ويبيته واذ باقى الدين حكما في ضمان الرهن وبه سلك الرهن بصير مسدودا فبما تبين أنه استوفى مرتين فيلزمه رد أحدهما أو الإبراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين إلى هنا لفظ النهاية وسيجيء من المصنف في آخر كتاب الرهن ما يطابق

بقوله (ولا يبطل الرهن في الباقي لأن وجوبه) أى وجوب العشر (لأننا في ملكه) في جميع ما رهنه ألا ترى أنه لو باعه جاز وما ولو أدى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن في الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارنا ولا طارئا بخلاف الاستحقاق (قال المصنف لأنه علف الحيوان) أقول أى كعلف الحيوان من قبيل زيد أسد (قوله لا يرى أنه لو باعه جاز) أقول يعنى لو باع الجميع في غير الرهن جاز البيع قبل أداء العشر

لان الملك المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا في ما وراءه لانه مشاع (قوله وما اداها أحدهما مما وجب على صاحبه) يعني من أجرة وغيرها (فهو متطوع) لانه قضى دين غيره بغير أمره (وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر) فان كان بغير أمر القاضى فكذلك وان كان بأمره رجع عليه كأن صاحبه أمره به لعموم ولاية القاضى وقدره لانه مجرد أمر القاضى بالنفقة لا يصير ديناً على الراهن مالم يجعله ديناً عليه بالتخصيص لان أمره ههنا ليس بالالزام فانه لا يلزمه شيء منها بالاتفاق فيكون الأمر بذلك متردداً بين الاتفاق حسبة ودنيا فعند الاطلاق ثبت الادنى وقوله (وهي فرع مسألة الحجر) (٢٠٣) فذهب أي حنفية أن القاضى لا يلى

على الحاضر وعندهما يلى عليه يعني عند أبي يوسف وشهد لما نفذ حجر القاضى على الحر كان نافذاً حال غيبته وحضرته وعند أبي حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضى حال حضوره يصير محجوراً عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيه ضرورة

وما اداها أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضى رجع عليه كأن صاحبه أمره به لان ولاية القاضى عامة وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضراً وان كان بأمر القاضى وقال أبو يوسف انه يرجع في الوجهين وهي فرع مسألة الحجر والله أعلم

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال (ولا يجوز رهن المشاع)

ذلك في الفرق بين تينك المسئتين فيبصر قال ناج الشريعة فان قلت ينبغي أن لا يبقى الرهن مضموناً بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم لان حكم الرهن لم يبق قلت بلى احتمال استحقاق الحبس لاحتمال أن يستحق المؤدى وحشة يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس انتهى ورد صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظراً لاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما اذا لم ينشأ عن دليل انتهى أقول الحق في الجواب عن أصل السؤال أن يقال الدين لا يسقط بالقضاء كما يسقط بالأبراء لقيام الموجب وهو الذمة بل يبقى على حاله ~~والصحيح~~ لا يطلب به لتعذر الاستيفاء كما صرح به المصنف في آخر كتاب الرهن أثناء الفرق بين مسألة ابراء المرتهن الراهن عن الدين ومسألة استيفاء المرتهن الرهن فاذا بقي الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن أيضاً لم يسلم الى الراهن فيبقى مضموناً بالهلاك الى أن يسلم الى الراهن تأمل توقف انتهى والله الموفق للصواب

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز اذا التفصيل انما يكون بعد الاجال (قوله ولا يجوز رهن المشاع) قال صاحب العناية رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد بتعلقه بالضممان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس يصحح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضموناً وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه الى هنا لفظه أقول ان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه حشو ومفسد اذا الظاهر أنه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس يصحح اذا لا شك أن ما نحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالا ولا مما لم يكن المقابل به مضموناً وثاناً الشيوع لا ينافي المسانية قطعاً حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشيوع في الرهن لا يقتضى أن لا يكون المقابل به مضموناً بل يتصور فيما اذا كان المقابل به مضموناً أيضاً كما لا يخفى ثم لا شك أنه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه بل ذلك أمر مقروس سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لجعله قوله بناء على أن

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذا التفصيل انما يكون بعد الاجال قال (ولا يجوز رهن المشاع الخ) رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد بتعلقه بالضممان اذا قبض وفيه باطل لا يتعلق به ذلك وليس يصحح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضموناً وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن

القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

(قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد) أقول يعني أن الحكم بكون الباطل منحصراً فيما ذكره بناء على أن القبض الخ فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر (قوله لا شرط جوازه) أقول بخلاف لما قدمته

وقال الشافعي رحمه الله هو جائز ولم يذكره في الكتاب دليله إلا أن أصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة هي أن العقود شرعت لأحكامها فإذا كانت الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الأول من كلامه حكم الرهن ثبوت الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا أنه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لأن البند ثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير المعين فتكون البند ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وأدرج المصنف رحمه الله دليل (٢٠٤)

وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان أحدهما يبتنى على حكم الرهن فإنه عندنا ثبت بالاستيفاء وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد وهو المشاع وعندنا المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيفاء من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام

القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد الخ علة لقوله لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز يعني أن الحكم يكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصبح الحصر انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح لأنه مع كون الفصل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما يابى جدا كون قوله بناء على أن القبض إلى آخره علة لما قبل ذلك لا يصح بناء على أن الحكم يكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من صورتين على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز قوله فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصبح الحصر ممنوعا فإن مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انتفاء ذلك فيما إذا انتفى العقد بصفة الفساد أيضا وانما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانتفاء وانما هو في عقد الرهن أن يكون الرهن مالا وأن يكون المقابل به مضمونا لا غير ويدل على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والمغني ونقل عنهما في النهاية وغيرها وهو أن الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا أصلا كالباطل من البيوع والفساد منه ما يكون منعقدا لكن بوصف الفساد كالفساد من البيوع وشرط انتفاء الرهن أن يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا ففي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا لأنه فقد بعض شرائط الجواز انعقد الرهن لو جود شرط الانتفاء لكن بصفة الفساد لا نعدم بعض شرط الجواز في كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا ولا انعقد الرهن أصلا انتهى فتدبر (قوله والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا) أقول لقائل أن يقول إن أراد بقوله أنه لم يشرع إلا مقبوضا أن عقد الرهن لم يجز إلا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره في صدر كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جوازه وإن أراد بذلك أنه لم يلزم إلا مقبوضا لا يتم التقريب إذا المدعى ههنا عدم جواز رهن المشاع لعدم لزومه فتأمل في الدفع (قوله أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيفاء من الوجه الذي بيناه) قال صاحب النهاية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضعفه انتهى واقتفى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضعفه أقول علل جميعا فيقوت الاستيفاء

ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعيينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه لحكم الرهن يجوز في المشاع وإذا كان الحكم متصورا كان العقد مقيدا وتقرير الثاني أن موجب الرهن أي موجب حكمه يعني لازمه هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فهران مقبوضة أو بالنظر إلى المقصود وهو الاستيفاء من الوجه الذي بيناه يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضعفه (وكل ذلك) أي كل ما مر من قوله لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود (يتعلق بالدوام) أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود فظاهر فإنه لو تمكن من الاسترداد ربما جدد الرهن والدين جميعا فيقوت الاستيفاء

وأما بالنظر إلى النص فلا نه لما وجب القبض ابتداء وجب بقائه لأن ما يتعلق بالحمل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء ولا كالمحرمة في النكاح وقد علمت أن حكم الرهن عندنا ثبوت الاستيفاء وهو لا يكون إلا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازما بحكم الرهن ويقوت في المشاع والداعي إلى هذا التوجيه تخلص الكلام عن التكرار فإنه قال أحدهما يبنى على حكم الرهن والثاني أن موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه

(قوله وتقرير الوجه الأول من كلامه حكم الرهن ثبوت الاستيفاء الخ) أقول مقتضى ظاهر هذا التقرير بطلان رهن المشاع فتأمل فإنه يجوز أن يقال المراد حكم الرهن الصحيح ثبوت الاستيفاء

وقوله (ولا يفضى اليه) أى الى دوام الحبس من تمام الدليل يعنى ثبت أنه لا بد من الدوام ولا يفضى اليه الاستحقاق الحبس والاستحقاق الحبس في المشاع لانه لا بد من المهايأة فكأنه يقول له رهنه تسلك يوم ما دون يوم ولا تسلك في عدم استحقاقه الحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه (ولهذا) أى ولان الدوام يفوت في المشاع تساوى ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره في الكتاب (وقوله ولا يجوز) أى الرهن (من شريكه) على الوجهين جميعا (٣٠٥) أما على الوجه الأول فإنه لا يقبل حكمه وأما على الثاني

فلا يفضى اليه الاستحقاق الحبس ولو جوزه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما اذا قال رهنه تسلك يوم ما دون يوم ولا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لأن المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت بدال استيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز زمن شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الأول وعلى الوجه الثاني يسكن يوم ما يحكم الملك ويوم ما يحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوم ما دون يوم لا والشروع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن أبي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الأول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتبارها في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال (ولارهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها) لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع (وكذا اذا رهن الارض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر) لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل أن المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبي حنيفة أن رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الشجر بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للبنى فيصير رهنها جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن (ولو رهن النخيل بمواضعها جاز) لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الفحة (ولو كان فيه ثمرة يدخل في الرهن) لانه تابع لاتصاله به فيدخل به ما تصحح العقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة (وبدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقربة) لما ذكرنا (ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنها بمحضته والابطال كله) لان الرهن جعل كأنه ما ورد الاعلى الباقي ومنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة وكذا امتناعه في الوعاء المرهون ومنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلتقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنها تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار أو في وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سر جاعلى دابة أو لحام في رأسها ودفع الدابة مع السرج والجام حيث لا يكون رهنها حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من نوايع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل

المصنف فيما مر كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلمتين حيث قال ليقع الامن من الخلود مخافة بخود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الدائن لحاجته أو لضجيره انتهى فليت شعري ما جعل هؤلاء الشراح على جملهم قول المصنف ههنا من الوجه الذي بيناه على العلة الثانية فقط

الرهن لاتصالها بخافة وقوله (ولو استحق بعضه) يعنى بعض الرهن بأن رهن دارا أو أرضا فاستحق بعضها فاما أن يكون الباقي غير مشاع بأن كان المستحق جزءا من غير مشاع أو كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين أن الرهن من الابتداء كان مابقي وهو غير مشاع وكان جائزا وان كان الثاني تبين أن الرهن من الاول مشاع وهو مانع

(قال المصنف لان الشجر اسم للنابت) أقول يعنى اسم للنابت المخالط للارض اذا المشجرة هي المختالطة

وقوله (حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر) يعني قال المشايخ رحمهم الله إذا رهن دابة عالم الحمام أو سرج دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعاً وقوله (ولا يصح الرهن بالأمانات) قد تقدم ذكره وقوله (والرهن بالدرك باطل) قد تقدم غير مرة أن الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيئاً ويسلمه إلى المشتري فيخاف المشتري أن يستحقه أحد فصار أخذ من البائع رهناً بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن إن قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أولاً والكفالة بذلك فهي جائزة والفرق ما ذكره في الكتاب وذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن (٣٠٦) البائع دركه أولاً لأنه إذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع

الأذا قضى القاضى بقبض البيع وأما إذا ضمنه فانه يرجع عليه قضى للقاضى بقبض البيع بينهما ما أولم يقض وهذا بناء على أن المبيع إذا استحق لم ينتقض البيع بينهما ما دون رضا البائع أو قضاء القاضى لان احتمال اقامة البائع اليئنة على النتائج أو التلقى من جهة المستحق قائم أما إذا قضى القاضى ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله (بخلاف الرهن بالدين الموعود) متصل بقوله بهلاك أمانة وصورة ما ذكر في الكتاب وقوله (لان الموعود) يعني من الدين جعل كالوجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى اسـتمقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجوداً احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض فان قبل فليجعل المعدوم

حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال (ولا يصح الرهن بالأمانات) كالودائع والعواري والمضاربات (ومال الشركة) لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ايقع القبض مضموناً ويحقق استيفاء الدين منه (وكذلك لا يصح بالايمان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع) لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيأ لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الايمان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة عندها كما مثل المغصوب وبذل الخلع والمهر وبذل الصلح عن دم العبد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائماً وجب تسليمه وان كان هالكا تحب قيمته فكان رهناً بما هو مضمون فيصح قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب، إضافة التملك الى زمان في المستقبل لا يجوز أما الكفالة فلا التزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافاً الى المال كما في الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عندهم لك أمانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المسترهن حيث يهلك بماسمى من المال بمقابله لان الموعود جعل كالوجود باعتبار الحاجة

دون مجموع العلتين كما هو الظاهر أو على العلة الاولى لتقدمها في الذكركهناك والعجب من صاحب العناية أنه قال في شرح قول المصنف وكل ذلك يتعلق بالدوام أى كل ما سر من قوله الامقبوض بالنص أو بالنظر الى المقصود ويتعلق بالدوام وقال أمانته لقيه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو عكس من الاسترداد ربما عجز الرهن والدين جميعاً فيقوت الاستيثاق انتهى فقد جعل مدار الاستيثاق في البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسر به مراد المصنف فيما قبل تبصر (قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المسترهن حيث يهلك بماسمى من المال بمقابله) قال في غاية البيان فيه تسامح لانه يهلك بالاقبل من قيمته وماسمى له من القرض ألا ترى الى ما قال الامام الاسييجاني في شرح الطحاوى ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك في يده قبل أن يقرضه هلك بالاقبل من قيمته وماسمى له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة في شرح قول المصنف حيث يهلك بماسمى من المال بمقابله هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمة وانما أطلق جرياً على العادة اذا اظهر أن يساوى الرهن الدين انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول فيه قصور بين فان ما ذكر في الكتاب كما يفتشى فيما اذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ماسمى له من القرض يتمشى أيضاً فيما اذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالخلق أن يقال في البيان

ولانه في الدرك موجوداً للاشتراك في الحاجة اوجب بأن المعدوم يجعل موجوداً اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره

(قوله ان قبضه قبل الوجوب) أقول وذلك أى الوجوب بعد الحكم رد الثمن ينسخ البيع (قوله وذكر في فائدة ضمان الدرك) أقول هذه الفائدة ذكرها العلامة السكاكي محالاً على فصول الاستروشنى (قوله لان احتمال اقامة البائع اليئنة على النتائج والتلقى من جهة المستحق قائم) أقول وأما إذا قضى القاضى ثبت العجز وانفسخ العقد (قوله والاقراب احتمال اجازة للمستحق البيع)

وقوله (لانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده) أي وجود الدين والمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء (فيعطى له) أي الذي قبض بجهة الرهن (حكم الرهن) حتى يهلك بما سمي من المال بمقابلته ويجب على المقرض ايفاء ما وعده وهذا اذا ساءى قيمة ما استقرضه وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب في الرهن أن يساوى الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب أن التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من حيث انه يهلك مضمونا لا أمانة وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وحيث جعل الدين موجودا فيقدر بقدره وضمن المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالهقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب وقوله (فيضمنه) أي فيضمن المرتن ما قبض رهنا عن الدين الموعود قال (ويصح الرهن برأس مال السلم الخ) قال زفر رحمه الله حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح (وهذا) أي أخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدال الاواب الاستبدال فيهما سدود قلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية وأما عين الرهن فهو أمانة عنده كمالو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن والاعيان من حيث المالية (٣٠٧) جنس واحد فان قيل لو كان كذلك

لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب أن هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن اقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر تلك العين لكونه أمانة وفي الاستبدال لا يكتفي بذلك لاحتياجه الى تلك العين أيضا وقوله (لفوات القبض حقيقة وحكم) أما حقيقة فظاهر وأما حكم فلان المرتن انما

ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال (ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا الاستبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيهما سدود ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا انه غير مضمون بنفسه (فان هلك ذهب بغير شيء) لانه لا اعتبار بالباطل فبقى قبضا بذنه (وان هلك الرهن بثن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد ثم الصرف والسلم وصار المرتن مستوفيا الدينه حكما) لتحقق القبض حكما (وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا) لفوات القبض حقيقة وحكم (وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه أنه يصير مستوفيا للسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس) لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبس لانه لا يملك المبيع لان الثمن بدله

هذا اذا ساءى قيمة الرهن مسمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك وأما اذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيملك بقيمة الرهن اذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكره هنا قوله حيث يهلك بما سمي له من القرض في صورة الاطلاق جريا

يصير قابضا بالهلاك وكان بعد انفراق وقوله (يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس) بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف وقوله (لانه بدله) أي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كرهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له أن يحبس لانه ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كمالو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم أبرأ المرتن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب أن الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم وقوله (ولو هلك الرهن الخ) أي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره أي بغير المسلم فيه وهو رأس المال وقوله (هلك بالطعام) يشير الى أنه لم يهلك برأس المال فعلى المرتن وهو رب السلم أن يعطى مثل الطعام الذي كان

(قوله وهذا اذا ساءى قيمة ما استقرضه) أقول فيه بحث فانه اذا كان المسمى أقل من قيمته لهلك بما سمي أيضا (قوله وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب) أقول ممنوع (قوله وضمن المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد) أقول الاصول وضمن المبيع ضمان مبتدأ كما وقع في غيره من الشروح ثم في قوله يجب بالعقد بحث (قوله عند تعذر ايجاب المسمى) أقول لانه الباع وان وجد القبض بجهته (قوله حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه) أقول فيه بحث فانه لم يبق ذلك بالتفاسخ قبل أن يهلك الرهن

على المسلم اليه وبأخذ رأس المال لأن يقبض الرهن صارت ماله مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى أن هلك فصار بهلاك
 الرهن مستوفيا بطعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا أو بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترد رأس المال فكذلك
 ههنا وهذا لأن الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل فذمة رب السلم اشغلت بمالية
 الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم
 اليه رد الطعام أحب بأننا نسلم أن مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدر بمالية الاشياء بالنقد وليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديره
 بهما تيسرا فلا يقتضى الخرج على التقديرين غيرهما ولا يجعل الرهن بالطعام مع علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهم ما تقدر بمالية الطعام
 تحقيقة الغرضهما فكان الرهن من جنس الطعام تقديره فعد ههنا كما اشغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ماله على المسلم اليه من
 جنس ماله على المسلم اليه حتى يلتصقا فصايل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متفرقة لما مر آنفا أنها
 لا تحتمل الفسخ وقوله (لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله (وأدى غنمه أن يحبس) يعنى أدى غنمه ثم أراد فسخه للمشتري أن
 يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد ههنا بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء غنمه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك
 بقمته قال (ولا يجوز رهن الخروا والمدبر الخ) كلامه واضح وقوله (وقيام المانع في الباقي) يعنى حق

ولو هلك المرهون يملك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبد اشراء فاسدا وأدى غنمه أن يحبس ليس مستوفى
 الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يملك بقمته فكذا هذا قال (ولا يجوز رهن الخروا والمدبر والمكاتب
 وأم الولد) لان حكم الرهن ثبوت بالاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في
 الخروا وقيام المانع في الباقي ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها
 لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجنابة خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن
 بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشتري (ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المديون) لانه غير مضمون
 على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شئ (ولا باجرة الناجحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لانه
 لا يقابله شئ مضمون (ولا يجوز السلم أن يرهن خرا أو يرتنه من مسلم أو ذمي) لتعذر الايفاء والاستيفاء
 في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم
 يضمنه المسلم كما لا يضمنه بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانهم ائمال في حقهم ما المينة
 فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال (ولو اشترى
 عبدا ورهن بئنه عبدا أو خلا أو شاء مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو اخلل خرا أو أواله مائة فالرهن مضمون
 لانه رهنه بدين واجب ظاهرا

الحرية وله هذا الوطرات
 هذه التصرفات أبطلته
 فاذا كانت مقارنة منعه
 وقوله (ولا يجوز بالكفالة
 بالنفس) لمعنيين أحدهما
 ما ذكره في الكتاب أن
 استيفاء المكفول به من
 الرهن غير ممكن والثاني أن
 المكفول به غير مضمون
 في نفسه فانه لو هلك لا يجب
 شئ وهما جار يان في
 القصاص في النفس وما دونه
 وأما الورهن عن بدل الصلح
 فيهما فانه صحيح لان البدل
 مضمون بنفسه بخلاف
 ما اذا كانت الجنابة خطأ
 لان استيفاء الارش من
 الرهن ممكن ولو صالح عنها

على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك (قوله ولو هلك المرهون
 يملك بالثمن لما بينا) قال جمهور الشراح يريد به قوله لان الثمن بدله أقول ليس هذا بتفسير سيدي لان
 كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضى أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع ألا يرى أن رأس

على عين ثم رهن بهما رهننا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك يفسخ الصلح فكان كالبيع
 وقوله (ولا يجوز بالشفعة) صورته أن يطلب الشفع الشفعة ويقضى القاضي بذلك فيقول للمشتري أعطني رهننا بالدار المشفوعة
 وقوله (حتى لو ضاع) يعنى الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شئ مضمون ألا ترى أنهم اؤروها الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يأمر
 المستأجر بتسليم الاجر وقوله (فالرهن مضمون) يعنى بالاقبل من قيمته ومن قيمة الرهن (لانه رهنه بدين واجب ظاهرا) ألا ترى أن
 البائع والمشتري لو اختلفا الى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضى بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن
 ولو سيرورته مضمونا

(قوله ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام) أقول قوله على المسلم اليه متعلق بقوله رد الطعام ثم أقول الصواب أن يقال ولا يلزم على رب السلم
 رد الطعام اذا الكلام فيه كالأخفى (قوله وقوله لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله أقول بل يريد به قوله لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره
 (قال المصنف لان الاستيفاء من الارش ممكن) أقول تأمل في صححه وذلك بتقدير المضاف أى من رهن الارش ولو قال لان استيفاء
 الارش من الرهن لمكان عدم التكاف (قوله والثاني أن المكفول غير مضمون به في نفسه الخ) أقول ولا يسعد أن يدعى انطواء
 التعليل الاول على الثاني فان تعذر الاستيفاء يجوز أن يكون لعدم مضمونية ما يقابله اذا استيفاء فلو اوجب على ما مر مرارا

وقوله (ثم ظهر أنه) أي العبد المقتول (حر) وقد هلك الرهن فانه يملك بالافضل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله (ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا أنه قبض بحال مضمون ظاهر افكان كالدين الثابت حقيقة وعن أبي يوسف رحمه الله خلافه يعني ليس عليه أن يرده شيئا لأنهما لما تصادقا أن لادين فقد تصادقا على عدم الضمان وتصادقا في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وقوله (وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه) يعني أن الرواية عن أبي يوسف محفوظة في مسألة

(٢٠٩)

الصلح عن انكار والمشايخ

قالوا القياس يقتضي أن

يكون حكم المسائل

المماثلة مسألة العبد

والخل والشاة كذلك

وقوله (لأنه الصغير)

احتراز عن الابن الكبير

فانه لا يجوز للاب أن يرهن

عبده بدين نفسه الا باذن

الابن وقوله (لما بينا)

اشارة الى قوله وهذا أنظر

في حق الصبي فان هلك

الرهن في يد الميرثين هلك

بما فيه ويضمن الاب

والوصي للصغير قيمة الرهن

اذا كانت مثل الدين وان

كانت القيمة أكثر ضمنا

مقدار الدين دون الزيادة

لأنهما فيما مودع ولهما

الولاية على ذلك وقوله

(وعند أبي يوسف لا تقع

المقاصة) بل يبقى دين

الغريم على الاب كما كان

وبصير للصغير الثمن على

المشتري وقوله (واذا

رهن الاب متاع ابنه

الصغير) يريد بيان جواز

أن يكون الاب راها

ومرتهما بالنسبة الى مال

واحد وهو أن يكون له دين

على ابنه الصغير فيأخذ شأرهما من متاعه فيكون راها من جهة

ابنه وموته نالذاته وقوله (أو عبده تاجر لادين عليه) قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير أما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لأنه يجوز من الوصي فلا أن يحوز من الاب أولى فسلورهن الوصي من عبده ولادين عليه لم يحوز

(قال المصنف ما وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منه ما هو والقياس) أقول فينبغي أن يكون هذا رواية طاهرة عن زفر فلا يناسبه

كلمة عن

وذلك لانا نجعل رهنه من عبده الذي لادين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه الا انه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصى لو رهن من نفسه لم يجز فكذا من عبده وهذا بناء على (٢١٠)

لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاها ما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الخاقاله بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متمم فيه ولا تتم في الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان الوصى لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ابقاء الحق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن) لان الاولى له التجارة ثميرا لمال اليتيم فلا يجز بد من الارتهان والرهن لانه ابقاء واستيفاء (واذا رهن الاب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الاب ليس للابن أن يرد حتى يقضى الدين) لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الاب رهنه لنفسه فقطاه الابن رجوع به في مال الاب) لانه مضطرف فيه لحاجته الى احياء ماله كما فاشبهه مع الرهن (وكذا اذا هلك قبل أن يفتكه) لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على امرين جائزين

لا بد منه بل كان عليه أن يزيد على ذلك القيد شيئا آخر وهو أن يقول وأخذت منه لنفسه بدل دينه على الراهن اذ لو جعل غنمه رهنا موضع عينه ولم يتلفه لا يضمنان شيئا للصبي لانهم ماعدا كان رهن مال الصبي بدين عاينهما وعلى ان التوكيل يبيع ماله في أين يلزمهما الضمان بمجرد تسليمهما المرتهن على يده وبيع المرتهن اياه اذ لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل المبيع (قوله وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الخاقاله بالاب) قلت قوله الخاقاله بالاب علة للثني دون النفي تأمل تقف (قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين) قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير لدين على نفسه ورهنه ما دلل الدين على الصغير وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح ههنا أقول فيه بعد عما يحمله كلام المصنف فان الذي ذكره المصنف فيما قبل اغما هو رهن الاب متاع الصغير لدين على نفسه وأولدين على الصغير دون رهن الوصى اياه فالظاهر أن الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع الى الاب فقط فدرج رهن الوصى أيضا في بيان مراد المصنف ههنا لا يناسب سياق كلامه وأيضا قال المصنف فيما بعد وكذلك الوصى وكذلك الجد بالاب اذا لم يكن الاب أو وصى الاب ولا يخفى أن هذا العطف والتشبيه يقتضي أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير مخصوصا بالاب فدرج الوصى في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه فالخفي في شرح هذا المقام ما ذكره صاحب العناية حيث قال أرادهم ما رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه وبدين على الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية في بيان وجه قول المصنف لاشتماله على امرين جائزين وذلك لانه لما ملك أن رهن بدين كل واحد منهم ما على الانفرد ملك بدينهم ما لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت لكل دون العكس انتهى أقول في هذه الكلية منع ظاهرا لا يرى أن انسانا أو فرسا يطبق تحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الاجزاء والاشجار من الاطراف لا يطبق تحمل الكل قطعا وان رجلا شجاعا يطبق مقابلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفرد ولا يطبق مقابلة مجموع العسكر

أن يبيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بأن باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة وأما بيع الوصى من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح فالضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصى وقوله (لان له حكما واحدا) يريد كونه مضمونا بالآل من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء وعند أجنبي وقوله (واذا رهن الاب متاع الصغير) يعني سواء كان لنفسه أو للصغير وقوله (ومات الاب) قيد اتفاقا لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذلك وان كان لوالده فله أن يرجع في مال والده لانه مضطرف فيه على ما ذكر في الكتاب وقوله (لاشتماله على امرين جائزين) يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير

(قوله لادين عليه في الموضعين) أقول يعني الاب والوصى (قوله وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة) أقول بل باقل من الدين والقيمة فان لا يقال بفي كلامه على الاعم الاغلب وهو مساواة الدين الرهن لانه ممنوع كما سبق (قوله فان كان الرهن لنفسه) أقول أي لمصلحة نفسه

بدن على نفسه ورهنا

ذلك بدن على الصغير وذلك
لأنه لما ملك أن يرهن بدن
كل واحد منهم ما على
الانفراد ملك بدنه ما لان
كل ما جاز أن يثبت لكل
واحد من أجزاء المركب
جاز أن يثبت لكل دون
العكس وقوله (كفعله
بنفسه) أى كفعل اليتيم
بنفسه وقوله (والحكم
فيه هذا) يعنى لو كان اليتيم
بالغافر رهن متاعه بنفسه
ثم استعاره من المرتهن
فهلك في يده لم يسقط الدين
لان عند هلاك الرهن
يصير المرتهن مستوفيا
ولا يمكن أن يجعل صاحب
الدين مستوفيا لدينه باعتبار
يد المدينين واذالم يسقط
الدين بهلاكه يرجع
المرتهن على الوصى بالدين
كما كان يرجع به قبل الرهن
ويرجع به الوصى على اليتيم
وقد ضاعت العين
من مال اليتيم لانه اذا
استعاره لحاجة اليتيم
وقوله (بضمه لحق المرتهن)
يعنى قدر الدين ولا يضمنه
لحق الصغير يعنى قدر الزيادة
على الدين

(قوله جاز أن يثبت لكل)
أقول اذالم يمنع مانع كافي
الجمع بين الاختين وسائر
ما لا يجوز الجمع بينهما
(قوله دون العكس) أقول
كما في الوكيلين والوصيين

(فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد) لا يفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك
الوصى وكذلك الجد اب الاب اذالم يكن الاب أو وصى الاب (ولو رهن الوصى متاعا لليتيم
في دين استعاره عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصى لحاجة اليتيم فضاغ في يد الوصى فانه خرج
من الرهن وهلك من مال اليتيم) لان فعل الوصى كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة
الصبي والحكم فيه هذا على ما بينه ان شاء الله تعالى (والمال دين على الوصى) معناه هو
المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبي) لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي
(ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي) لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه
(ولو غصبه الوصى بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصى ضامن لقيمته) لانه متعد
في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضى به الدين
ان كان قد حصل (فان كان قيمته مثل الدين آداء الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم) لانه وجب لليتيم عليه
مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيافصاها (وان كانت قيمته أقل) من الدين (أدى قدر القيمة الى
المرتهن وأدى الزيادة من مال اليتيم) لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير (وان كانت قيمة الرهن
أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن)
لانه ضامن للمرتهن بتقويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل
الذي فصلناه (ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه
لحق الصغير) لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لانه ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا
قال في كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصى بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما أن
له ولاية الاخذ

معاه وهذا في الامور الخارجية وأما في الاحكام الشرعية فكما أنه يجوز لرجل أن يجمع كل واحدة
من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح أو بملك يمين ولا يجوز له أن يجمعهما معاً في الجماع بشئ من
ذلك السببين ولهذا سائر الشراح وصاحب الكافي تنهوا لعدم صحة الكلية فقالوا في البيان
والتعليق وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدن كل واحد منهم ما على الانفراد فكذلك بدنه ما ولم يزيدوا على
هذا المقدار شيئاً لكن لا يخفى على الفطن المتأمل أن تعليلهم المسد كور بدون تلك الكلية لا يفيد
الشفاء في اثبات المدعى هنا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة في كلام صاحب
العناية قصد الاصلاح حيث قيد قوله لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن
يثبت لكل بان قال اذالم يمنع مانع كافي الجمع بين الاختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما أقول هذا
التقديم يحل بالمقام أما ولا فلان التعليل المسد كور لا يتم اثباتاً للادعى حينئذ فان عدم تحقق المانع
فيما نحن فيه أول المسئلة اذ لو كان يدين في نفسه لما احتج الى ذكر جوارز رهن الاب متاع الصغير بدنه
على نفسه وبدنه على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جوارز رهنه اياه بكل واحد منهما وأما ثانياً فلانه
لا يتم حينئذ قول صاحب العناية دون العكس فان ما يثبت لكل يجوز أن يثبت للجزء اذالم يمنع عنه مانع
سيما في الامور الهينة (قوله ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصى بغصب مال الصغير
لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الاخذ) وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لم لا يكون
لا يجوز التصرف لكل واحد (قال المصنف لما أن له ولاية الاخذ) أقول لم لا يكون اقرار بالاستعمال في حاجته فانه متعد فيه
ولهذا يضمنه

وقوله (ياخذ بدينه) أي يأخذ المرتهن ماضنه الوصي بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستئناف وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله
لأنه ليس بتعديل هو عامل له (قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير) قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون
والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنهما فان رهنها بدينها هلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا معتبر
بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنها مكانه وأتى برواية
الجامع الصغير لا احتياجها إلى تفصيل ذكره وقوله (فهو بمافي) يعني فذلك الرهن يباع بمقابلة الدين كله وقوله (في الوجهين)
يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه (٢١٢) أو أكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله (على الخلاف المذكور)

فإذا هلك في يده بضمه للمرتهن بأخذه بدينه ان كان قد حل ورجع الوصي على الصغير لأنه ليس
بمتعديل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنها عند المرتهن ثم إذا حل الدين بأخذه بدينه منه ورجع
الوصي على الصغير بذلك لما ذكرنا قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لأنه
يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فان رهنه بجنسها هلكت هلكت بمثلها من الدين وان
اختلفا في الجودة) لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند أبي حنيفة لأن عنده يصير
مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنها مكانه (وفي
الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بمافي) قال رضي الله عنه معناه أن
تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن
وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الأول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا (فان
كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور لهما أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لمافي من
الضرر بالمرتهن ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدي إلى الربا فصرنا إلى التضمين بخلاف الجنس لمتنقض
القبض ويجعل مكانه ثم يملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها
واستيفاء الجيد بالردى جائز كما إذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن
نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه وبمعذر
التضمين بتعذر النقض

يعني عند أبي حنيفة
رحمه الله يملك بالدين
وعندهما يضمن القيمة من
خلاف جنسه وقوله
(ثم يملكه) يعني الراهن
يملك الرهن الذي جعل
مكان الرهن الأول
وقوله (واستيفاء الجيد
بالردى جائز) قال في
النهاية هكذا وقع في النسخ
ولكن الأصح أن يقال
واستيفاء الردى بالجيد
جائز وإنما قلنا أن هذا
أصح لوجهين أحدهما أن
الاستدلال بقوله كما إذا
تجوز به أي في بدل الصرف
والسلم يؤذن أن الأصح
أن يقال واستيفاء الردى
بالجيد لأن التجوز إنما
يستعمل فيما إذا أخذ الردى
مكان الجيد ولأن جواز
استيفاء الجيد بالردى
لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج
إلى الاستدلال بشئ آخر
والثاني الاستدلال بوضع
المسئلة فان وضع المسئلة

أقرار بالاستعمال في حاجته فانه متعدي فيه ولهذا يضمنه انتهى أقول ليس ذلك بشئ فان الاستعمال
في حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له إذ الغصب في اللغة أخذ الشئ من الغير
على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه ينزل يده كما مر ذلك
كله في صدر كتاب الغصب ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شئ من معني الغصب
ولا في عدم لزومه لشيئ منهما فكيف يكون الاقرار بالغصب اقرارا بالاستعمال في حاجته (قوله وفي
الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بمافي) قال في العناية وأتى برواية
الجامع الصغير لا احتياجها إلى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا فيه لا يخفى أن رواية
القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل انتهى أقول هذا كلام لغو ولا يخفى أن رواية القدوري ليست
بمحتاجة إلى تفصيل كثير مثل محتاج إليه رواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية أن
رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل ما حكي يقال إن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى ذلك بل مراده

فيما إذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة ابريق هي أقل من العشرة لردائه فكان المرتهن مستوفيا الردى بمقابله وقيل
جيده وأرى أن ما في النسخ حق ويقيد ما يرويه صاحب النهاية رحمه الله فليأمل وقوله (وقد حصل الاستيفاء بالاجماع) لما عرف أن
قبض الرهن ثبت الاستيفاء ولا ينتقض الا بالردى والفرض عدمه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب وهو ما أن
يكون الراهن أو المرتهن لا سبيل إلى الأول لكونه متعنتا للطلب ما يضر ولا المرتهن لأنه مطالب فلا يكون مطالباً ولا يلزم تضمين
الإنسان ملك نفسه لنفسه وإذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين

(قوله الدراهم والدنانير) أقول والمكيل والموزون كذلك وإنما لم يذكرهما إكتفاء بذكر الدراهم والدنانير (قوله وأتى برواية الجامع
الصغير لا احتياجها إلى تفصيل ذكره) أقول لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل

وقوله (قبيل وهذه فربعة ما إذا الخ) انما يتصور جعلها فربعة تلك بناء على ما روى عيسى بن أبان رحمه الله أن محمد بن أبي يوسف رحمه الله في تلك المسئلة وأما على الرواية المشهورة فلا يتصور لأن محمد بن أبي يوسف رحمه الله في هذه مع أبي يوسف رحمه الله وقوله (والفرق لمحمد) يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة أنه أي رب الدين قبض الزئوف ليستوفي حقه من عينها أي أن يكون عينها مقام ما عليه من الدين والزئوفة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وللا رهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلا لردّه بالضمان وأخذ مثل حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قبل أن الزئوف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهذا المستوفي إذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشئ عند أبي حنيفة لمكان الجودة فكذلك في الرهن وعندهم اهناك يضمن مثل المستوفي ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجودة فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه ولكن جعله هذه المسئلة مبتدأة أولى لأنه وجد ههنا المرتين الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه أن بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد غنة وقوله (ولو انكسر الارباق) كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الارباق وكانت قيمته مثل وزنه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمه الله لا يجبر الراهن على الفسك لأنه إن أجبر عليه فاما أن يكون مع ذهاب شئ من الدين أو مع

(٢١٣)

كأله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول لأنه أي المرتين يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الارباق بالفسك وذلك ربا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتين قبض الرهن سلميا عن العيب وبالا انكسار صار عيبا فيحصل اليه حقه ناقصا اذا لم يسقط شئ من دينه وذلك ضرر به لاحتماله خفيه ان يفسكه بما فيه أي بالدين

وقبيل هذه فربعة ما إذا استوفي الزئوف مكان الجياد فهلك ثم علم بالزئوفة لا تمنع الاستيفاء وهو معروف غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لأن محمد بن أبي يوسف رحمه الله في حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف والفرق لمحمد أنه قبض الزئوف ليستوفي من عينها والزئوفة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عنده بالتضمن ولو انكسر الارباق في الوجه الاول وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفسك لأنه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين لأنه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى أن يفسكه مع النقصان لما فيه من الضرر بخبرناه ان شاء الله تعالى فانه من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتين والمكسور للرتن بالضمان وعند محمد ان شاء الله تعالى فانه ناقصا وان شاء الله تعالى بالدين اعتبار الحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لأنه لما تعذر الفسك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالايجاع فكذلك فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمن بالقيمة أولى

أن رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل كثير زائد على ما احتاج اليه رواية القدوري كما أنه المصنف في مقدار غرام جاني الورقة وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله الى تفصيل ذكره فلغاما قاله ذلك البعض كالايجاع (قوله والفرق لمحمد رحمه الله) قال صاحب النهاية أي على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة واقفي أثره في هذا التفسير بجاعة من الشراح منهم صاحب العناية

الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين أن يضمن المرتن قيمته من جنسه أو خلاف جنسه مصوغا فتكون رهنا عند المرتن وذلك المكسور بالضمان وقال محمد ان شاء الله تعالى فانه ناقصا وان شاء الله تعالى بالدين اعتبار الحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لأنه لما تعذر الفسك مجانا يعني لما تقدم أنه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين ولا أن يفسكه مع النقصان بقي أن يفسكه مجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفسك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالايجاع فكذلك فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفا بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة لقوات عينه ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بأن يصير الرهن مملوكا للرتن وهو حكم جاهلي فكان التضمن بالقيمة أولى

(قال المصنف وقبيل هذه فربعة ما إذا استوفي الزئوف مكان الجياد الخ) أقول فان قلت لا أولية لتكون هذه فرعة تلك دون العكس بل الظاهر أن كليهما فرع أصل واحد قلت بين كيفية الفرع في الشروح فراجعهما (قوله يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة) أقول فيه بحث اذ ينهدم حيث بدأ البناء يعني بناء على قول محمد كالايجاع على أولى النهي الآن يقال المراد كونه بناء عليها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (قوله وعندهما) أقول على رواية عيسى بن أبان (قوله لعلمه بأن الهلاك) أقول هذا العلم بعد تقرير المسئلة والكلام فيه (قوله فاما أن يكون مع ذهاب شئ من الدين أو مع كاله) أقول يعني أو مع كمال الدين

وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمن بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ما شا كل ذلك وقوله (وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه) بأن يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود عشرة فيه بضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الر بأورديا من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده إلى أن يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق وأما عندهما فظاهر كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا عند محمد رحمه الله لانه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما إذا كانت قيمة الابريق أقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني إلى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته أكثر من وزنه اثني عشر للجودة وصناعة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله بضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده وعند أبي يوسف رحمه الله بضمن خمسة أسداس قيمته وعلك خمسة أسداس الابريق ويفرز سدسه حذرا (٢١٤) عن طريق الشيعيوع فان الطارئ منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند

محمد رحمه الله أن النقص بالانكسار ان كان درهما أو درهماين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان كان أكثر من ذلك يجبر الراهن بين أن يجعل الرهن للرهن بدنه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين ووجهه قول أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه مضمونا كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وتنقسم

وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية بضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رديا من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق أما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر عند أبي حنيفة بضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحتم أن يكون التابع أمانة وعند أبي يوسف بضمن خمسة أسداس قيمته ويكون خمسة أسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبي الرهن شائعا ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهنا عنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة

أقول لم أدرك كيف ذهبوا إلى هذا الشرح مع ظهور بطلانه إذ قد صرح المصنف بأن بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة في تلك المسئلة لان محمد ادافها مع أبي حنيفة وفي هذه المسئلة مع أبي يوسف وذكر الشراح أن بناء هذه على تلك انما يتصور على ما روى عيسى بن أبان أن محمد مع أبي يوسف في تلك المسئلة ولا يخفى أن الفرق لمحمد بين المسئلتين انما يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن أبان فيها فان قول محمد واحد في المسئلتين على روايته فالفرق لمحمد بنافي البناء قطعاً والصواب في شرح هذا المحل أن يقال أي على تقدير أن لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها بل كانت مسألة مبتدأة كما هو الاصح كما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة الشراح هنا ويفصح عما ذكرنا من تحرير صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما إذا استوفى الزوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلك الزوف عنده ثم علم بالزيادة فانه سقط دينه ولا شيء عليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف بضمن مثل ما قبض وأخذ مثل حقه وقول محمد أولا كقول أبي حنيفة وآخر كقول أبي يوسف كذا ذكره عيسى بن أبان والاصح أن هذه مسألة مبتدأة لان محمد ادافها مع أبي حنيفة في تلك المسئلة في المشهور ومع أبي يوسف في هذه

الجودة على المضمون والامانة قصصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحتم أن يكون التابع أمانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لان الفرض أن وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم البيع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك أن حالة الهلاك حالة استيفاء فبقع الفضل أمانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الضمان والامانة يشيع في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها لئلا يعتبر اهنا عند المقابلة

(قوله وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمن بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ما شا كل ذلك) أقول فيه بحث (قوله احترازا عن الر بالخ) أقول فيه بحث بل التقيد بالجياد لا يذ ان بأنه لا يلزم الر بأ في خلاف الجنس وان ضمن بالجياد فليتامل فان مراده تعليل قيسه ضمان الجياد بكونه خلاف جنسه فان المرتمن على عشرة دراهم لثمانه ثمانية ان ضمن قيمته جيدا من جنسه

(بخلاف جنسها وفي تصرف المريض) فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لان كونها هدر افي ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فامكن اعتبارها ويصير خمسة أسداس الاربع مضمونا لجودته وصفته وسدسه أمانة فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستبقاء عنده أيضا فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه ووجه قول محمد رحمه الله أن الوزن مضمون والجودة أمانة للنسبة لأن الجودة تابعة للوزن (٣١٥) لا تنفصل عنه وصفة الأمانة

في المهرين كذلك فيجعل الأصل في مقابلة الأصل والتبع بمقابلة التبع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على

الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن والمضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكك كالم ينقص منه شيء واعلم أن الدرهم والدرهمين ليسا بمجدا فاصل في ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصناعة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار أن الزيادة في المسئلة مقروضة بذلك قال (ومن باع عبدا على أن يرهقه المشتري شيئا بعينه الخ) كلامه واضح وقوله (لم

بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها معا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نفع طول يعرف في موضعه من الميسر والزيادات مع جميع شعبها قال (ومن باع عبدا على أن يرهقه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا) والقياس أن لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس أنه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيناق وانه ملائم للوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم لفصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا وكان الكفيل غائبا حتى اقترقا لم يثبت معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقى الاعتبار بعينه فيفسد ولو كان غائبا فخر في المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فمسه ومارضى الابيه فيخير بفواته (الآن يدفع المشتري الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهنا) لان بدلا الاستبقاء تنبت على المعنى وهو القيمة

المسئلة والفرق لمحمد أنه قبض الزيف الى آخر كلامه تبصر (قوله فاذا كان الكفيل حاضرا بالمجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى) قال صاحب الكفاية أي معنى الشرط وهو الملازمة أقول ليس هذا بسديدا لا يساعده تحرير المصنف قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام المصنف على ما ذكره الشارح المذكور وهو أي معنى الشرط الذي هو الملازمة ملائم ولا حاصل له كما لا يخفى فالخى أن مراد المصنف اعتبرنا فيه المعنى أي معنى الشرط الذي هو الاستيناق وهو أي هذا المعنى الذي هو الاستيناق ملائم أي ملائم للعقد لكونه مؤكدا موجب العقد فصح العقد وهذا المعنى صحيح مطابق لقوله في وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيناق وانه ملائم للوجوب (قوله واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا) وكان الكفيل غائبا حتى اقترقا لم يثبت معنى الكفالة والرهن للجهالة) أقول فيه شيء وهو أن التعليل بقوله للجهالة فاصر عن افادة تمام المدعى فانه انما يثبت فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذا الغيبة لا تقتضي الجهالة لجواز أن يكون معينا او ما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس بل هو المراد بقوله أو كان الكفيل غائبا حيث جعله قسما لكون الرهن والكفيل غير معين اللهم الا أن يقال ان الجهالة المذكورة في التعليل نعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان وان الجهالة الثانية تتحقق فيما اذا كان

يبقى معنى الكفالة والرهن للجهالة) يعني أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فاعتبرناه معناه وهو الاستيناق لان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملي وليس في ذلك من التوثيق شيء فبقى الاعتبار اربعين الشرط فيفسد العقد

(قوله بخلاف جنسها) أقول لثلاثا يلزم الربا فانه اذا ضمن بجنسه يملك المرتين عشرة دراهم بمقابلة اثني عشر (قوله فيضمن قيمته خمسة أسداسه من خلاف جنسه) أقول حذر اعيان الربا

وقوله (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال البائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن) قيل يريد به ثوبا غير المشتري والصواب أنه وغيره سواء ولو قال أمسكه بدينك أو قال أمسكه رهنا حتى أعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف وقوله (علم أن مراده الرهن) لأن حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفسك فإذا صرح بهذا علم أن مراده الرهن

فصل في وجه الفصل كون (٢١٦) **الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد** قوله (وصار كالبيع

قال (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال البائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) لأنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وأبي يوسف لأن قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني أقلهما ما يقضى بشئونه بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مداه الى الاعطاء علم أن مراده الرهن

فصل * ومن رهن عبدين بألف فقضى حصه أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين) وحصه كل واحد منهما ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لأن الرهن مجبوس بكل الدين فيكون مجبوسا بكل جزء من أجزائه مباغعة في حله على قضاء الدين وصار كالبيع في يد البائع فان سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له أن يقبضه إذا أدى ما سمي له وجه الاول أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في المبيع وجه الثاني أنه لا حاجة الى الاتحاد لأن أحد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز

الكفيل غائبا لكن فيه ما فيه تأمل ثم إن صاحب العناية قال في شرح هذا المقام يعني أن جواز العقد استحسننا مع وجود الشرط انما كان باعتبار النظر الى معناه وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فمعه وهو الاستيناف لأن المشتري ربما أتى بشئ يساوي عشر حقه أو يعطى كفلا غير ملى وليس في ذلك من التوثيق شئ فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى أقول وفيه قصور أما أولا فلا نه ترك ذلك كركون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فمعه مع أن كون الكفيل غير معين داخل أيضا في مسئلة الكتاب وأما ثانيا فلا نه قوله في التعليل أو يعطى كفلا غير ملى ولا يفيد ما سبق له وهو قوله في المدعى والكفيل غائبا لما ذكرنا أن غيبة الكفيل عن المجلس لا تقتضي عدم تعيينه فيجوز أن يعين المشتري الكفالة رجلا ماليا غائبا عن المجلس فكيف بقدر على أن يعطى كفلا غير ملى وبعد أن عين الملى والكفالة والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا أن يقال لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره أو انفهامه من قوله ولو كان غائبا فخصر في المجلس وقبل صح تدبر

فصل قال في العناية أخذنا من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد انتهى أقول لا يذهب عليك أن هذا الوجه انما يتم بالنظر الى المسئلة الاولى من هذا الفصل دون المسائل الباقية منه ألا تعدد في الرهن في شئ منها وانما التعدد في المرتبة من في بعض منها وفي الراهن في بعض آخر منها فالاولى أن يقال وجه الفصل كون الرهن أو المرتبة أو الراهن متعددا كما أشار اليه في غاية البيان فحينئذ ينظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى (قوله ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز) قال صاحب النهاية والعناية وحاصله أن الصفقة

في يد البائع) في أن المشتري إذا أدى حصه أحدهما من الثمن في البيع لا يمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن فإذا سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئا كالورهن عبدين بألف كل عبدهما بمائة ثم قضاة خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له أن يقبض إذا أدى ما سمي وجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب وقوله (ألا يرى)

توضح لذلك فإنه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الانتهاء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله أن الصفقة تنفرد في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبدهما بقدر على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بمائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجوز في حالة الاجال وهذا لأن البيع عقد تعليل

والهلال قبل القبض بطله فعد ما تقدم بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقى فينسخ البيع فيه بخلاف الرهن فإنه بالهلال ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به

فصل * ومن رهن عبدين (قوله وجه الفصل كون الرهن متعددا) أقول أو الراهن أو المرتبة (قوله وهذا لأن البيع الخ) أقول قوله وهذا أي وجه الفرق بين البيع والرهن حيث لا يمكن المشتري من قبض حصه الثمن بتقده في الاول ويمكن الراهن بإداء حصه أحد الرهنيين من استرداده بأنه لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام في الرهن على تقدير اتحادها بخلاف البيع فلا حاجة الى الاتحاد فيه

تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعدد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بمائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يحز كافي حالة الاجال وهذا لان البيع عقد تعليق والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو عكس من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفرق الصفقة قبل التمام بأن يملك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود كما أن بالافتسكال ينتهي حكم الرهن ولو عكس من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤذ ذلك الى تفرق الصفقة لأن أكثر ما فيه أن يملك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه انتهى أقول فيه بحث وهو أن حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين أحدهما إلى وهو أنه لو رهن عبدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المرتهن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز وإن باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يحز وثانيهما إلى وهو ما ذكره بقولهما وهذا لان البيع عقد تعليق الخ والاول منهما سالم والثاني منظور فيه عندى اذ لا شك أن المحذور تفرق الصفقة الواحدة دون تفرق الصفقة المتفرقة في الاصل وأن الكلام هنا في اثبات أن الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتأدى الى تفرق الصفقة في باب البيع على تقدير أن يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو اول من قصد اثباته ههنا بقولهما وهذا لان البيع عقد تعليق الخ فإثبات الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الظاهر في لية الفرق بين بابي الرهن والبيع في تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما افترقا لان ضم الرديء الى الجيد متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري أن يقبل في أحدهما فيقبل الجيد فيضرر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يضرر به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة نصير الثانية شرطاً في الاولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهيئة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذا في حالة الاجال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فرجما كان أحد العبدین أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفاً والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذان ذلك وأراد الراهن فكالك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذي رهنه بألف والمرتهن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا يمكن فكالك البعض بقضاء بعض الدين انتهى أقول في الجواب بحث أما أولاً فلانه لم يجعل قيمة كل واحد من العبدین فيصلا في قطع المنازعة في حالة الاجال ولولا ذلك لما كان في قول المصنف في صدر مسألة الاجال وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما فائدة وأما ثانياً فلانه اذا كان العبدان متساويين في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي الى المنازعة مع أن جواب مسألة الاجال نعم هذه الصورة أيضاً فالأولى في دفع النقض بحالة الاجال أن يقال لان تفرق الصفقة انما يتصور فيما اذا كان في كلام العاقد ما يتحمله كافي حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيها تتحمل تفرق الصفقة بخلاف حالة الاجال اذ لم يوجد فيه شيء يتحمله فاذا تعين الحل فيها على تفرق الصفقة فيها وان لم يلزم التأدى الى تفرق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير أن يحمل عليه في حالة الاجال أيضاً تأمل

كما أن بالافتسكال ينتهي حكم الرهن فلو عكس من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤذ ذلك الى تفرق الصفقة لأن أكثر ما فيه أن يملك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فرجما كان أحد العبدین أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفاً والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذان ذلك وأراد الراهن فكالك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذي رهنه بألف والمرتهن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا يمكن فكالك البعض بقضاء بعض الدين

(قوله فانه بالهلاك ينتهي) أقول أي بالهلاك في يد المرتهن (قوله فلو عكس من استرداد) أقول أي فلو عكس الراهن

قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين الخ) صورة المسئلة ظاهرة ولم تعرض لكونهم ما شرب في الدين أو غيره ولا لكون الدينين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما رهن الدين الآخر نانايرلان الشكل في ذلك سواء وقوله (لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه) قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد رهنهما الله فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوخ حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كالنصف على المناصفة والجواب أن (٢١٨) اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوخ فيما يكون العقد مفيد للملك كالهبة

والبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تنقسم عليها الجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوخ فيه تحراز الجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوخ يمنع عنه وهذا هو الجواب لأبي حنيفة رضي الله عنه في جعل ذلك شائعا مانعا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله (فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) يشير الى أن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الرهن وقوله (لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) اعترض عليه

(قوله لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوخ يمنع عنه الخ) أقول وكذلك في الهبة فلم يحصل الجواب على قولهما وكان

قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعهما رهن عند كل واحد منهما) لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزى فصار محبوسا بكل واحد منها وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة (فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) قال (والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) لان عند الملك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذا الاستيفاء مما يتجزأ قال (فان أعطى أحدهما دينه كان كله رهننا في يد الآخر) لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق

(قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعهما رهن عند كل واحد منهما لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه) قال صاحب العناية أخذ من النهاية قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوخ حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كالنصف على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوخ فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تنقسم عليها الجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوخ فيه تحراز الجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوخ يمنع عنه الى هنا كلامه أقول هذا السؤال والجواب على التقرير بالمدكو راي صاحبنا في حق الهبة اذا تفرق على قول أبي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوخ في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها منهما وانما الفرق بينهما على قول أبي حنيفة ألا يرى الى ما مر في كتاب الهبة من انه اذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما مسلما عاجلة وهو قد قبضها جلة فلا شيوخ وان وهب واحدا من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقالايصح لان هذه أشبهت الجلة منهما اذا التملك واحد فلا يتحقق الشيوخ كالأورهن من رجلين وله أن هذه الهبة النصف من كل واحد ولهذا كانت فيما لا ينقسم فقبل أحدهما صح لان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوخ بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كمالا ولهذا وقفى دين أحدهما لا يسترد شيئا من الرهن انتهى فلامعنى انقض ما نحن فيه بالهبة على قول أبي يوسف ومحمد أصلا ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المذكور من الفرق كالأينجي (قوله وان أعطى أحدهما دينه كان كله رهننا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) قال في العناية أخذ من النهاية اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في

وعلى

المراد ذلك (قال المصنف فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) أقول هذا اذا

كان مما يتجزأ فظاهر وان كان مما يتجزأ أو جب أن يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع أحدهما كله الى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافا لهما وأصل المسئلة الوديعة فيما اذا أودع رجل عند رجلين شيئا يقبل القسمة فدفع أحدهما كله الى الآخر قيل الدافع يضمن عنده خلافا لهما كذا في شرح الزبائي وقد نص عليه المصنف في كتاب الوديعة حيث قال وكذا الجواب في المرتهنين

بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينه ما فتمين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانياً قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلان رهننا الخ) هذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما إذا كان في يد رجل ادعاه رجل أنه رهنه عبده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها وجلتها أن العبد ما أن يكون في أيديهما أولاً في يد واحد أو في يدا أحدهما فإن كان في يدا أحدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده كافي الشراء وقد تقدم الآن يقيم الآخر بينة أنه الأول فانه صريح

(٢١٩)

وان لم يكن في يدا أحدهما فهو المذكور في الكتاب أولاً وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيهما من القياس والاستحسان قال محمد رحمه الله في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثمة يثبت في جميع الرهن حتى إذا قضى دين أحدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضى دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد أشار المصنف رحمه

وعلى هذا حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهننا واحداً فهو جائز الرهن رهن بكل الدين وللمرتهن أن يسكه حتى يستوفي جميع الدين) لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوخ (فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) لأن كل واحد منهما أثبت بينته أنه رهنه كل العبد ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنًا لهذا وكله رهنًا لذلك في حالة واحدة ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لأنه يؤدي إلى الشيوخ فتعذر العمل بهما وتعين التنازل ولا يقال أنه يكون رهنًا لهما كأنهما ارتهناهما معاً إذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا على خلاف ما اقتضته الحجة لأن كلامهما أثبت بينته حبساً

يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكن يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينه ما فتمين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانياً انتهى أقول هذا الجواب غير شاف في دفع الاعتراض المذكور لأن السائل بسط مقدمة وهي أن المرتهن الذي استوفى حقه من الرهن انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي ففرع عليها أقوله فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة وانها تقتضي أن لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقياً بعد استيفاء حقه لأن مقصوده من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه فما وجه بقاء ارتهانه بعده وبالجملة بقاء ارتهانه كل واحد منهما ما لم يصل الرهن إلى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو يقول لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه إذا كان الرهن في يدا الآخرين ويستند في ذلك إلى المقدمة التي بسطها في أول كلامه فلا يشفيه الجواب المذكور (قوله فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) قال صاحب العناية وهو

الله إلى هذا في الوجه الأول بقوله لانا نقول هذا على خلاف ما اقتضته الحجة الخ وباق كلامه واضح والله تعالى أعلم

(قال المصنف لأنه يؤدي إلى الشيوخ فتعذر العمل بهما وتعين التنازل) أقول هذا إذا لم يؤثر خاف أن كان صاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبتته في وقت لا ينازعه فيه أحد وكذا إذا كان الرهن في يدا أحدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه على القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد كذا في شرح الزيلعي وإذا أخرج أحدهما فقيه تفصيل مذكور في غاية البيان (قوله هذه عكس المسئلة المتقدمة وهي واضحة ومن شعبها) أقول الضمير في شعبها راجع إلى المسئلة (قوله وهو أحد الوجوه) أقول أي كونه في يد رجل (قوله وجلتها أن العبد ما أن يكون في أيديهما أولاً في يدا أحدهما) أقول لا فرق بين أن يكون في أيديهما وأن لا يكون في يدا أحدهما فإنه لا تقبل البينة في حال حياة الراهن على المختار وتقبل بعدها (قوله وان كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى الخ) أقول وهذا التفصيل لا بد منه في المسئلة الأولى فإن كونها مسئلة الكتاب على تقدير جهل التاريخ (قوله قال محمد في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ) أقول يعني في المسئلة الأولى (قوله لوجود الرضا من كل واحد منهما) أقول تعليل لقوله يثبت في جميع الرهن

﴿ باب الرهن بوضع على يد العدل ﴾

لما فرغ من الأحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقف وحكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضى الراهن (٢٢٠)

عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن يبيعه لكنه يخالف المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاثنى رجها الله قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل الخ) كلامه واضح وقوله (ذكر قوله في بعض النسخ) اشارة الى أن في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوطين وشرح الاقطع ابن أبي ليلى بدل مالك وكأنه شك في هذه الرواية عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده كما مر في أول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنده كان عنده روايتان وقوله (ولهذا يرجع العدل عليه) أى على الراهن عند الاستحقاق يعنى اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق ضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم تكن يده يد الراهن لما رجح وهو كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه وقوله (ولنا) ظاهر

يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء ثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكان محمدا أخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة لان الباطل لا حكم له قال (ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما المينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبي حنيفة وتجدد في القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كافي حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره بعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا المينة تم اترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله أعلم

﴿ باب الرهن بوضع على يد العدل ﴾

قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز) ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانه عدم القبض ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين أمانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يضمنان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن

أحد الوجوه في هذه المسئلة وجعلتها أن العبد اما أن يكون في أيديهما أولا في يد واحد أو في يد أحد ههما فان كان في يد أحد ههما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كافي الشراء وقد تقدم الآن ان يقيم الآخر مينة أنه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهم ما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الاول منهما ما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيهما من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه أى بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب انتهى أقول في تحرير المذكور فروع اختلال واضطراب فانه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فان علم الاول منهما الخ وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما مع أن هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق أيضا وأيضا ان أراد بمسئلة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب قول المصنف وان أقام الرجلان كل واحد منهما المينة يلزم التنافي بينه وبين قوله فيما قبل وان لم يكن في يد أحد ههما فهو المذكور في الكتاب أولا وان أراد بهما أقول المصنف ولو مات الراهن والعبد في أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد في الاصل وبه أى بالقياس نأخذ فان محمد انما يأخذ بالقياس في المسئلة الاولى لافي المسئلة الثانية فكان حق قوله المزبور أن يذكر متصلا ببيان المسئلة الاولى كما لا يخفى

﴿ باب الرهن بوضع على يد العدل ﴾

لما فرغ من الأحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الأحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما أن حكم النائب يقف وحكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن

وانما

﴿ باب الرهن بوضع على يد عدل ﴾

(قوله ورضيا يبيعه الرهن عند حلول الاجل) أقول الرضا يبيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بلازم في العدل فالأولى أن يقال سواء رضيا يبيعه الرهن أم لا قال الاتقاني قال الخا كم الشهيد في الكافي وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وهو وكيل الراهن يبيعه) أقول غير مسلم كليا

وقوله (لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) يشير الى دفع ماعسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به فان قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكا لان ذلك اما أن يكون من حيث أمره بذلك وذلك غير صحيح لان الامر انما يصح اذا لا في حق ماستحقا لا أمره وبعقد الرهن لم يصرف القبض حقه حتى كان للراهن أن ينعه منه واما أن يكون من حيث موافقة الراهن اياه في الوضع على يد العدل

(٣٣١)

ولان اتفاقا على قبض الراهن لم يتم فكذلك الاتفاق على قبض العدل فالجواب أنه قابض من حيث أمره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعهده الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن يتفرده لكونه غير لازم والقبض حقه مادام العقد باقيا وقوله

(لا يتقدر أن يجعل القيمة) أي العدل لا يتقدر أن يفعل ذلك لما ذكره وقوله (ولو تعذر اجتماعهما يرفع) قال في النهاية أي يرفع العدل أحدهما الى القاضي وفي بعض الشروح يرفع الامر الى القاضي أحدهما اما الراهن أو المرتهن وهو أظهر (ولو فعل ذلك) أي جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال أن العدل

واغما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال (وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذ منه) لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا علك أحدهما بطل حق الآخر (فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن) لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة (ولو دفع العدل الى الراهن أو المرتهن ضمن) لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما أجني عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجني (واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى أحدهما وقد استلمه المدفوع اليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا في يده) لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على أن يأخذاهما منه ويجعلاهما رهنا عنده أو عند غيره ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البذل والمبذل في ملك واحد (وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه)

بوضع الرهن في يده وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيما آخر حيث قالوا رضي الله عنه الرهن عند حلول الاجل أقول لعل هذه الزيادة منه ما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب والافرضاهما يبيع الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم في معنى العدل وعن هذا قال الحاكم الشهيد في الكافي ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لانه أمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) قال صاحب العناية يشير الى دفع ماعسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به انتهى كلامه أقول هذه العلامة التي زادها الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشئ فان عدم قول الخصم بذلك لا يقتضي سقوط السؤال المتجه على أصلنا لا يلزم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم وعن هذا تراهم يقولون ليس للسائل مذهب ولو سلم ذلك فالخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الاكراه بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده فالجواب الحق عنه ما أشار اليه المصنف لا غير (قوله ولو فعل ذلك) قال في النهاية والعناية أي جعل القيمة في يد العدل رهنا وقال بعض الفضلاء فيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيها ما برأى القاضي عند العدل

ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة أي للعدل لان كل ذي حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلو أخذها أحدهما اجتمع البذل والمبذل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبذله من حيث المالية في حق المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه

(قوله على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به) أقول فيه بحث (قوله قال في النهاية أي يرفع العدل أحدهما الى القاضي الى قوله وهو الاظهر) أقول قال الاتفاقى وذلك ليس بشئ لأن العدل هو الضامن للقيمة فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم الى القاضي انتهى وفيه بحث (قوله ولو فعل ذلك أي جعل القيمة في يد العدل رهنا) أقول وفيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيها ما برأى القاضي عند العدل الاول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي

لأن العين لو كان قائما في يده أخذه إذا أدى الدين فكذلك ما يقوم مقامه ولا جاع فيه بين البذل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر أن كان العدل دفعه على وجه العارية أو الودعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وإن استهلك يرجع عليه لأن العدل باء الضمان ملكه وتبين أنه أعار وأودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وإن استهلكه ضمن وإن كان العدل دفعه إلى المرتهن رهنا بأن قال هذا رهنا فذلك بحقه وأحبسه بدينك رجعت العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك عنده لأنه دفعه إليه على وجه الضمان وقوله (وإذا وكل الراهن المرتهن) كلامه واضح وقوله (فليس للراهن أن يعزل الوكيل) يعني بدون رضا المرتهن وقوله (ألا ترى أنه) أي أن (٢٢٢) عقد الوكالة (لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله) أي عقد الرهن وقوله (لأنه)

أي عقد الوكالة (لازم بأصله فكذلك بوصفه) وهو الإطلاق لما ذكرناه صار حقا من حقوقه وقوله (لأن العقد) أي عقد الرهن (لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه) التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة (وأوصافه) التي هي اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا في النهاية وقوله (وإذا مات الوكيل انتقضت الوكالة) يعني والرهن باق كما كان لأن الرهن لو كان في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلا أن لا يبطل بموت العدل أولى وقوله (والأثر يجري فيما له) أي لأقربا عليه ألا ترى أن الميت إذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه وإن كان له دين على غيره ورثه وقوله (أجبر على بيعه) يعني بحبس أيا ما احتج ببيع

لأن العين لو كانت قائمة في يده بأخذها إذا أدى الدين فكذلك بأخذها مقام مقامهما ولا جاع فيه بين البذل والمبدل قال (وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيره ما يبيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لأنه لو كبل ببيع ماله (وإن شرطت في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وإن عزله لم يعزل) لأنهما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ولأنه تعلق به حق المرتهن وفي العزل أتوا حقه وصار كالو كبل بالخصومة بطلب المدعي (ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والتسليم ثم نهاه عن البيع فبطلت بيعه) لأنه لازم بأصله فكذلك بوصفه لما ذكرنا وكذا إذا عزله المرتهن لا يعزل لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره (وإن مات الراهن لم يعزل) لأن الرهن لا يبطل بموته ولأنه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال (ولو كبل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته) لأن العقد لا يبطل بموته ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه (وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لأن الوكالة لا يجري فيها الأثر ولأن الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن أبي يوسف إن وصى الوكيل بملك يبيعه لأن الوكالة لازم في ملك الوصي كما لضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانا بملك وصى المضارب ببيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والأثر يجري فيما له بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب (وليس للمرتهن أن يبيعه الأرض الراهن) لأنه ملكه وما رضى ببيعها (وليس للراهن أن يبيعه الأرض المرتهن) لأن المرتهن أخق بمالته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال (فإن حل الأجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين في لزومه (وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة) الوجه الثاني وهو أن فيه إواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتولى حقه أما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فالوكيل التوكيل مشروط في عقد الرهن وإنما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الأول وقيل يجبر رجوعا إلى الوجه الثاني وهذا أصح وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجواب في الفصلين واحد ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الأصل (وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والتمن قائم مقامه فكان رهنا وإن لم يقبض بعد) لقيامه مقام ما كان مقبوضا

الأول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي انتهى أقول إن كان وجهه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأيه ما أبى الراهن والمرتهن مع أن الحكم فيه أيضا

وإذا كفي الزيادة أن القاضي يبيع عليه وهو على قوله ما ظاهر وأما على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فقد اختلف المشايخ رجعهم الله فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المدون وقال آخرون يبيعه لأن جهة البيع تعينت وقوله (لما ذكرنا من الوجهين) أحدهما أنه وصف من أوصافه والآخر أن فيه إواء حقه وقوله (فيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الأول) ذكر في المبسوط أنه ظاهر الرواية وقوله (إن الجواب في الفصلين) أي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك (واحد) أي يجبر فيهما (ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع الصغير) حيث قال فيه إذا أتى الوكيل بجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطا في العقد أو لم يكن وكذلك ذكر في الأصل مطلقا وقوله (فقد خرج من الرهن) لأنه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون رهنا

(وإذا توى كان مال المرتهن) بنصب مال على ما صح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن وقوله (وغرم القاتل قيمته) يعني تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لأن المالك وهو المولى يستحقه أي هذا الضمان من حيث المالية وإن كان مقابلا بالدم حتى لا يزداد على دية الجرم (فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق) وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله (وليس له أن يضمن غيره) أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذي أعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وإيضاحه شكر الله سبحانه وسوى ألفاظ (٢٣٣) وضمائر وفصحها زيادة إيضاح

فقوله (وضح الاقتضاء) أي صح قبض المرتهن الثمن بمقابله دينه وقوله (وإن ضمن البائع) أي العدل وقوله (فلا يرجع المرتهن عليه) أي على الراهن بشئ وقوله (فإذا تبين أنه ملكه) أي ملك العدل وقوله (لم يكن راضيا به) أي بأداء الثمن إلى المرتهن وقوله (فله) أي فله العدل وقوله (بطل الاقتضاء) أي بطل قبض المرتهن وقوله (إنما أداها) أي إنما أدى المشتري الثمن إلى العدل ليس للمشتري المبيع ولم يسلم وقوله (رجع على الراهن بالقيمة) أي بالثمن وقوله (لأن المقبوض سلم له) أي لأن الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله (وإن شاء العدل رجع على المرتهن) أي وإن شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي أداها إليه وقوله (فيرجع به) أي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه على الراهن وقوله (لا يرجع به على المقتضى) أي على القاض وقوله (فيكون البيع لحقه) فإذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز أن يلزمه

وإذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لأن المالك يستحقه من حيث المالية وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقى عقد الرهن وكذلك لو قتل عبد فدفع به لانه قائم مقام الأول لحاودما قال (وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه وليس له أن يضمنه غيره) وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق أمانا أن يكون هالكا أو قائما في الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وإن شاء ضمن العدل لانه متعدي في حقه بالمبيع والتسليم فإن ضمن الراهن نفذ البيع وضح الاقتضاء لانه ما ملكه بأداء الضمان فبين أنه باع ملك نفسه وإذا ضمن العدل فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وضح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشئ من دينه وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ به عليه فصار الثمن له وإنما أداها إليه على حساب أنه ملك الراهن فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه وإذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدنه وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائما في يد المشتري فله مستحق أن يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتمت له به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالمبيع وإنما أداها ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن لأن المقبوض سلم له وإن شاء رجع على المرتهن لانه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فالحق للعدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه يتعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال (وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار إن شاء ضمن الراهن وإن شاء ضمن المرتهن) لأن كل واحد منهما

كذلك فهو ممنوع لانه إنما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأي القاضي لو كان لفظ جعل في عبارة النهاية والعناية واقتضاه فعل في عبارة الكتاب مبنيا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه

الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع أي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكيل المشروطة في العقد وبين الوكيل التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهد على الراهن (قال المصنف ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان العدل بالخيار إلى قوله وليس له أن يضمن غيره) أقول والظاهر أن يكون المستحق خيار تضمين المشتري أيضا لانه متعدي بالأخذ والتسليم يمكن لم يذكروا

لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن (وقوله متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض) يعنى الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالتعصّب وغاصب الغاصب وقوله (فلانه انتقض اقتضاه) أى قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلا كما مستوفيا وقوله (طعن أبى خازم) يعنى هذا السؤال طعن به أبو خازم بالخاء المججمة على محمد بن الحسن رحمه الله وأبو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضى الحنفى ببغداد وقوله (والغرور بالتسليم كاذ كرناه) يعنى بقوله لان كل واحد منهم ما متعد في حقه بالتسليم وقوله (أو بالانتقال من المرتهن اليه) أى الى الراهن (كأنه وكيل عنه) أى كان المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل (والملك بكل ذلك) أى بكل واحد من التسليم والانتقال (متأخر عن عقد الرهن) أما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فبين أنه رهن غير ملكه وأما بالانتقال فسلان المرتهن غاصب في حق المستحق فإذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا في ملك الراهن (٢٢٤) بعد ذلك من جهته فيكون ملك الراهن متأخر عن عقد الرهن فكانه رهن غير ملكه ولا يشك

إذا استحق رأس مال المضاربة وضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متأخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متأخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلهذا ما حكم الابتداء وقد تقدم فصار كأنه أنشأ العقد بعد الرجوع فيتم قدر بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله (بخلاف الوجه الاول) يعنى ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار

متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض (فان ضمن الراهن فقدم مات بالدين) لانه ملكه باداء الضمان فصح الايقاع (وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه) أما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن وأما بالدين فلانه انتقض اقتضاه فبعد حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن يرجع المرتهن عليه والمالك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن أبى خازم القاضى والحواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كاذ كرناه أو بالانتقال من المرتهن اليه كأنه وكيل عنه والمالك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين أنه رهن ملك نفسه وقد طوّنا الكلام في كفاية المنتهى

﴿باب التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره﴾

قال (واذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف)

راجعا الى القاضى وأما اذا كان مبنيا لانه عول وكان لفظ القيمة في عبارة النهاية والعناية قائما مقام الفاعل فيتحمل العموم للصورتين معا كالأختفى على الفطن وان كان وجهه بحسب عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا في بدغير العدل الاول فأمره هين فانه لما كان عدم التفاوت بين أن جعلت القيمة بعد الضمان رهنا في بد العدل الاول وبين أن جعلت رهنا في بد غيره فظاهر الاكتفى بذكر الاول رومالاختصار

﴿باب التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره﴾

لما كان التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره متأخرا طبعاً عن كونه رهنا آخره وضعاً ليوافق الوضع الطبع (قوله واذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف) اختلفت عبارة

القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه وتبين أنه رهن ملك نفسه وقوله (وقد طوّنا الكلام في كفاية تتعلق المنتهى) قيل مراده مسألة المضاربة والفرق بيننا وبين مسألة الرهن وقيل يحتمل أن يكون ما لو كان الرهن عبداً فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقاً على ذلك

﴿باب التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره﴾

التصرف في الرهن والحناية عليه وجنابته على غيره انما تكون بعد كونه رهنا فكان متأخراً طبعاً آخره وضعاً قال (واذا باع الراهن الرهن الخ) اذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن أو لم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد رحمه الله فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح أنه جائز موقوف

(قوله لان المضاربة عقد غير لازم) أقول تعليل لقوله ولا يشك اذا استحق رأس مال المضاربة

وقوله فاسد محمول على ما يجوز أن القاضي يفسده إذا خوصم إليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما إذا أجازته وسلمه ذلك لأن من تصرف في مال له تعلق به حق الغير جائز موقوفاً كن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث فإن أجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع باسقاط حقه راضياً وكذا وقضاء الرهن دينه فإن أجاز ينتقل حقه إلى يده لما ذكر في الكتاب وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى عن أبي يوسف (٢٢٥) رحمه الله أنه أن شرط عند

الإجازة أن يكون الثمن رهناً كان رهناً والأفلا لأن الرهن ملك الثمن بنفوذ البيع بإجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهناً من غير شرط وإن فسخه ففي الانفساخ روايتان كذا ذكره في الكتاب وقوله (وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه) أي لا إلى المرتهن لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو إلى القاضي وقوله (لما ذكرنا) يعني لقوات القدرة على التسليم قوله (ولو باعه الرهن الخ) يعني لو باع الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعاً ثانياً فالثاني موقوف كالاول لأن الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني كالاول ولو أجاز الاول جاز الاول وهذا لأن حق المرتهن يتعلق بالثمن ألا ترى أنه قد يرهن لبيع فأيمما أجاز المرتهن وسلمه إليه نفذ وأخذ الثمن ويكون رهناً عنده وإنما خص إجازة البيع الثاني

لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته وإن كان الرهن يتصرف في ملكه كن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقه به (فإن أجاز المرتهن جاز) لأن التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه (وإن قضاء الرهن دينه جاز أيضاً) لأنه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل (وإن نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى يده هو الصحيح) لأن حقه تعلق بالمالية والبديل له حكم البديل فصار كالعبد المديون المأذون إذا بيع رضا الغرماء ينتقل حقه إلى البديل لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً فكذا هذا (وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في روايته حتى لو افتد الرهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه) لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك أن يجيز وله أن يفسخ (وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه) لأنه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد ففي موقوفه فإن شاء المشتري صبر حتى يفتد الرهن الرهن إذا العجز على شرف الزوال وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي والقاضي أن يفسخ لقوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه وصار كما إذا أبق العبد المشتري قبل القبض فإنه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا (ولو باعه الرهن من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً يمان غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني موقوف أيضاً على إجازته) لأن الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني (ولو باع الرهن ثم أجزأ وأورهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول)

محمد فیه فی موضع قال بیع الموهون فاسد وفي موضع قال جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجوز أن القاضي يفسده إذا خوصم إليه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما إذا أجازته وسلمه كذا في العناية وغيرهما من الشروح قال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فإنه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشارفة فإنه على شرف أن يفسد إذا لم يجزه انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذين التأويلين ليسا بتأويل فقهي بل هما من قبيل التأويل اللغوي الذي فيه نوع الغارو ونعمية فلا يناسب أصحاب هذا الفن سيما في موضع الكشف والبيان (قوله لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته وإن كان الرهن يتصرف في ملكه) أقول في تمام هذا القدر من التعليل نظر فإنه يفتقض عما إذا اعتق الرهن عمداً الرهن فإنه ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضاً فالوجه في التعليل ههنا أن يقال لا انعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته ألا ترى أن المصنف إنما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الاعتراف بانعدام القدرة على التسليم حيث قال في آخر تعليل المسئلة مسألة الاعتناق من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام

(٢٩ - تكملة ثامن) بيان الفرق بينه وبين العقود بالقيسة المذكورة فإنه بإجازتها

يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هي بإجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وإن كان سابقاً ويصح هو

(قوله وقوله فاسد محمول على ما لم يجوز) أقول ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فإنه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشارفة فإنه على شرف أن يفسد إذا لم يجزه وقوله جائز محمول على أنه ليس بفاسد ولا باطل في الحال

والفرق ما ذكره في الكتاب والاصل في ذلك أن من تعلق حقه بشئ وتبدل بأجزائه إلى غيره فإن كان البذل عما تعلق به حقه
تعلق به حقه وان كان عن غيره لم يتعلق فعلى هذا إذا باع الراهن الرهن فأبنا وأجزأه المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان ذا حظ من
العقد الثاني لتعلق حقه ببذله فيصح تعيينه وإذا أجزأه بعد البيع أو رهن وسلم أو وهب وسلم وأجزأه هذه العقود جازا البيع الاول
وسمأه أو لا وقوعه قبلها لأن هذه العقود بعضها لا يدل في كافي الهبة والرهن وبعضها وان كان فيه بدل لكن ليس عما تعلق به حقه
كافي الاجارة فإنه فيما يدل عن المنفعة وحقه في مال الهبة العين دون المنفعة وإذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطا
لحقه فنفذ البيع الاول وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما قال (ولو أعتق
الراهن عبد الرهن نفذت عقده الخ) إذا أعتق الراهن عبده المرهون نفذت عقده موسرا كان أو معسرا والشافعي رحمه الله أقوال شمول
التفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال في المعسر في تنفيذه ابطال حق المرتهن - من فلا يجوز كالبيع بل أولى لأنه أسرع
نفوذ من العتق حيث جاز من المكاتب (٢٣٦) دون العتق ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه وكل من فعل

والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لأنه يتعلق حقه ببذله فيصح تعيينه لتعلق فائده به
أما لاحق له في هذه العقود لأنه لا يدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا يدل العين وحقه
في مال الهبة العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق
قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذت عقده) وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ إذا كان المقتق معسرا
لأن في تنفيذه ابطال حق المرتهن فأشبهه البيع بخلاف ما إذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض
أقواله لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمن وبخلاف اعتناق المستأجر لأن الاجارة تبقى مدتها إذا
الحر يقبلها أما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يبلغو تصرفه بعدم اذن
المرتهن - من كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو أعتق الابن أو الموصوب ولا خفاء في قيام
ملك الرقبة لقيام مقتضى وعارض الرهن لا يني عن زواله ثم إذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه بزول ملك
المرتهن - من في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشتري بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد
فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على
التسليم واعتناق الوارث العبد الموصى برقبته لا يبلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة
القدرة على التسليم تدبر (قوله وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم) لأن يد
المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يقتصر إلى الملك يقتصر إلى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع
الابن والمستأجر والاعتاق لا يقتصر اليه ابدل نفاذا اعتاق الابن كذا في الكافي وغيره واعتراض عليه
صاحب التسهيل حيث قال أقول هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف وبينهما فرق اذا فاسد
ملك بالقبض دون الموقوف ألا يرى أن المبيع بالبيع النضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد
انتهى أقول هذا الاعتراض ظاهر السقوط لأنه انما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو اتني
القدرة على تسليمه بالوكالة والمنق في بيع الرهن انما هو القدرة على تسليمه بدون اجازة المرتهن أو قضاء

ذلك صح كما إذا أعتق العبد
المشتري قبل القبض أو
الابن أو الموصوب فانها
تشترك المرهون في فوات
يد المالك وفي انتفاء القدرة
على التسليم ان باع فكان
المقتضى متحققا والمانع
منقضا فثبت الحكم
أما تحقق المقتضى فلا لأنه
تصرف صدر عن أهله
ولا نزاع فيه - مضاف إلى
محله لأنه لا خفاء في قيام
ملك الرقبة لقيام مقتضيه
وهو السبب الموجب لملكه
قبل الرهن وأما انتفاء
المانع فلا أن عارض النهي
لا يني عن زواله لأن موجب
عقد الرهن اما ثبوت يد
الاستيفاء للمرتهن كما هو
عندنا أو هو حق البيع كما
هو مذهب الخصم على

ما تقدم وشئ من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن وإذا كان باقيا على ملكه وقد
أزاله بالاعتناق صح وبزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كما إذا أعتق أحد الشر يكن نصيبه لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد
فلما لم يمنع الاعلى وهو حقيقة الملك للشريل عن صحة العتق فلا أن لا يمنع الأدنى وهو يد المرتهن أولى فان قيل ليس المانع منحصرا
فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا امتنع النفاذ في البيع والهبة أجاب بقوله وامتناع النفاذ ومعناه أن حق المرتهن
انما يصلح مانعا في البيع والهبة لانعدام قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقدين وليس ذلك بوجوده في الاعتناق فلا يصلح
مانعا وقوله (واعتاق الوارث) جواب عما غسل به الشافعي رحمه الله في بعض المواضع وادعى أن اعتاقه لغو وصورته مريض
أوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ خلق الموصي له فكذا يجب أن يكون في الرهن ووجهه
أن ذلك لا يبلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فلا اشكال لأنه يعتق في الحال

(قوله أجاب بقوله وامتناع النفاذ إلى قوله وليس ذلك بوجوده في الاعتناق فلا يصلح مانعا) أقول وأيضا الاعتناق لا يقبل الرد والفسخ
فكذا التوقف بخلاف ما قيلتأمل

وقوله (واذا نفذ الاعتاق) راجع الى أول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقضي وانتفاء المانع نفذ الاعتاق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لقوات محله وما بعده ظاهر وقوله (الا اذا كان بخلاف جنس حقه) يعني الا اذا كان الحاصل من

السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه لا يقضى به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضى به دينه وقوله (لانه لما نعدر الوصول) دليل وجوب السعاية على العبد وقوله (تذكره) يعني في هذا الباب في مسئلة استيلاء الامنة المرهونة وقوله (وعندهما التكميله) يعني وان عتق عندهما لكن في عتقه نقصان لكونه مطلوباً بالسعاية فاذا اداها كل العتق وقوله (الارواية عن أبي يوسف رحمه الله فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله (والمرتهن يتقلب حقه ملكاً) يعني أن الرهن اذا هلك في يده كان مالكا من حيث المالكه وباقي كلامه واضح قال (ولودبره الراهن صح تدبيره الخ) الراهن اذا بر الرهن صح تدبيره بالاتفاق أما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع حقه أولى وأما عنده أي عند الشافعي رحمه الله فلا نه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن وقوله (واذا صحا) يعني التدبير والاستيلاء (خرجا) أي المدبر وأم الولد يعني عندنا

واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لقوات محله (ثم) بعد ذلك (ان كان الراهن موسراً والدين حالاً طوب بآداء الدين) لانه لو طوب بآداء القيمة تنقح المفاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وان كان الدين مؤجلاً أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنًا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاء بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وان كان معسرًا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه) لانها لا تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعنى يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضى الله عنه وتأويله اذا كانت القيمة أقل من الدين أما اذا كان الدين أقل نذكره ان شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا أيسر) لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فسيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما التكميله وهما يسعي في ضمان على غيره بعد تمام اعتماقه فصار كغير الرهن ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي المسار والاعسار وفي العبد المرهون بشرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشرى الساكت فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اظهار النقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الارواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس أضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاغارة من المشتري والمرتهن يتقلب حقه ملكاً ولا يبطل حقه بالاغارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلما أوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز (ولو أقر المولى برهن عبده) بأن قال (له رهنك عند فلان وكذب العبد ثم أعتقه تجب السعاية) عندنا خلافاً للزفر هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول أقر بتعلق الحق في حال عتقه التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانهم طاع الولاية قال (ولودبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) أما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على أصله (ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاء بالاتفاق) لانه يصح بأدنى الحقين وهو مال الأب في جارية الابن فيصح بالأعلى (واذا صحا من الرهن) لبطلان المحلية اذا أصبح استيفاء الدين منهما (فان كان الراهن موسراً ضمن قيمتها) على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق (وان كان معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين) لان كسبهما مال المولى بخلاف المعنى حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يراد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تازمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤدى بان على المولى بعد يساره لانهما أدباه من مال المولى والمعتق يرجع لانه أدى ملكه عنه وهو مضطر على مامر وقيل الدين اذا كان مؤجلاً لا يسعى المدبر في قيمته فمنا لانه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيستقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالاً لانه يقضى به الدين ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه أداه من مال المولى قال (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد

الراهن دينه لا القدرة على تسليمه أصلاً فيوقف على اجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه اذ واحد منهما تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كافي البيع الفصولي (قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) قال صاحب النهاية وهو معطوف على قوله فان كان موسراً ضمن قيمتها واقتنى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لان قوله وكذلك

وأما عنده فان المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر آنفاً وكلامه واضح وقوله (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) معطوف على قوله فان كان موسراً ضمن قيمتها

وقوله والواجب على هذا المستهلك في الاجنبي وقيد بذلك احترازاً عن استهلاك المرتهن فإنه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجيء وقوله (كانت هلكت بأقفة سماوية) يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله (والمعتبر في ضمان الرهن) تعليل ذلك قيل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيئاً وأوجب بان العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع الى ما كانت عليه فبالهلاك فانت تلك (٣٢٨) الصلاحية وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من العين

المرتهن اقيامه مقام العين (فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فبأخذ القيمة وتكون رهناً في يده) لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذلك في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفاً غرم خمسمائة وكانت رهناً وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بأقفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفسك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا أنه يتقرر عند الهلاك (ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة) لانه ألتف ملك الغير (وكانت رهناً في يده حتى يحل الدين) لان الضمان بدل العين فأخذ حكمه (واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه) لانه جنس حقه (ثم ان كان فيه فضل برده على الراهن) لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً واجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم ألتف قال (واذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو يعمل له عملاً فقبضه خرج من ضمان المرتهن) لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء) لفوات القبض المضمون (وللمرتهن أن يسترجعه الى يده) لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد

لواستهلاك الراهن الرهن لفظ القدروري في مختصره وهو مذكور في البداية أيضاً وقوله فان كان موسراً ضمن قيمته ما ليس بلفظ القدروري في مختصره وليس عند كورفي البداية أصلاً بل هو من المسائل التي ذكرها المصنف في الهداية تفريعا على مسألة مختصر القدروري وهي من قوله ولو أقر المولى برهن عبده الى هنا فكيف يصح جعل لفظ أحد الشيخين في أحد الكتابين معطوفاً على لفظ شيخ آخر في كتابه آخر وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقيق عبارة المتن على تحقيق عبارة الشرح فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفاً على قوله فيما مر فان كان الدين حالا طول بأداء الدين وان كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين لانه أيضاً لفظ القدروري في مختصره ومذكور في البداية أيضاً فيتم ويحسن عطف أحدهما على الآخر وترتيب عبارة مختصر القدروري والبداية هكذا فان أعتق الراهن عبداً الرهن نفذ عتقه فان كان الدين حالا طول بأداء الدين وان كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين وان كان الراهن معسراً سعى العبد في قيمته وقضى الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتأمل في هذا الترتيب تكن الحاكم القيسل (قوله وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً واجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم ألتف قال الزيلعي بعد أن ذكر هذا

عند القتل بخلاف ما إذا لم تتغير العين وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط شيء من الدين وقوله (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر) اشارة الى هذا السؤال والجواب وقوله (واذا أعار المرتهن الرهن للراهن) فيه تسامح لان الاعارة تملك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها غيره ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان ويمكن استرداد المعبر أطلق الاعارة وقوله (لنفاة بين يد العارية ويد الرهن) لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجب وفي ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو متحقق وذلك لان الضمان واجب اذا كان يد المرتهن بعد الاعارة يد المرتهن وبه اذا كان يد عارية وفي ذلك جمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يد الراهن بغيره من لزوم عقد الرهن

(قال المصنف فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع

السعر) أقول هذا مشكل لان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضموناً عليه ولا معتبراً فكيف يسقط من الدين خمسمائة الرهن سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين كذا في شرح الزيلعي ومن تأمل حق التأمل في كلام المصنف لعله يلوح له انتفاع هذا الاشكال

وأزلنا الضمان لقوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد ولو جاز أن نقول كالك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كافي ولد الرهن وكلامه واضح في غاية التحقيق شكر الله سعيه وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لنا فافين يد العارية ويد الرهن وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا من اعارة أحدهما باذن الآخر أجنبيا (بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي) وجملة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن إذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة حكم العارية والرهن (٢٣٩) يبطل عقد الرهن وأما الاجارة

فالمستأجران كان هو الراهن فهي باطلة وكانت مستقلة ما لو أعار منه أو أودع عنده أن يستعده وان كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة أو أجنبيا مباشرة أحدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجارة للراهن وولاية القبض للعاقدة ولا يعود رهنها الا بالاستئذان وأما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن أو أجنبي مباشرة أحدهما باذن الآخر وأما من الراهن فلا يتصور (وقوله لما يننا) يعني في صورة العارية ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن قال (ومن استعار من غيره ثوبا الخ) ومن استعار ثوبا بالرهنة فالعير اما أن يطلق في ذلك أو يقيد بشئ فان كان الاول فخارهنه المستعير به من قليل وكثير جائز عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير بآيات ملك اليد فيعتبر بآيات ملك العين

الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذ بقي عقد الرهن فاذا أخذ عا الضمان لانه عا القبض في عقد الرهن فيعود بصفته (وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل واحد منهما أن يرد رهنه كما كان) لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعد مقبدا (ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء) لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترا (واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الراهن) لبقاء يد الرهن (وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فان شق الضمان (وكذا اذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال) لما يننا (ومن استعار من غيره ثوبا بالرهنة فخارهنه به من قليل أو كثير فهو جائز) لانه متبرع بآيات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بآيات ملك العين واليد وهو قضاء الدين

بغيره في شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهذا مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا متبرعا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقصد رده وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شئ من الدين انتهى أقول ليس استسكاله بشئ فانه يصح بيقول صاحب الهداية وغيره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذا لاشك أن القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهلاك ينقرر الضمان ولما كان الاعتبار بوقت القبض ألفا ثم انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا بحالة مقدار تمام الالف خمسمائة منه بالاتلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته يوم القبض ألفا تاما ولا تأثر في سقوط شئ منه لتراجع السعر أصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل (قوله) وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا) يشير بقوله لما قلنا إلى قوله لنا فافين يد العارية ويد الرهن قال بعض الفضلاء فيه أنه اذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المناقاة بين يدي الأيداع والرهن أقول الفرق بين الأجارة وبين الوضع في يد العدل مذكور في شرح تاج الشريعة وفي الكفاية مفصلا مستوفي فكانه لم يرهما في شاء فليراجعهما (قوله) وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعد مقبدا) قال الشراح وحكم الوديعة حكم العارية وحكم الرهن حكم الاجارة انتهى وأورد بعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة حكم العارية بان قال اذا كان الأيداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى أقول ليس الامر كما زعمه لان العدل من رضا بوضع الرهن في

واليد جعابان استأذن أن يقضى دينه عليه بماله فان قيل اعتبار غير صحيح لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب أن الاتصال غير مانع لعدم استلزام أحدهما الآخر

(قال المصنف سقط حكم الضمان لما قلنا) أقول فيه أنه اذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المناقاة بين يدي الأيداع والرهن فتأمل فانه ممنوع (قوله) وحكم الوديعة حكم العارية) أقول اذا كان الأيداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لانه العدل

فانه يجوز أن ينفصل ملك البدن عن ملك العين ثبوتاً كالضبي فانه ثبت له ملك العين دون البدن وزوالاً كالبايع بشرط الخيل فانه يزول ملك البدن دون ملك العين وإذا كان كذلك جاز أن يثبت للمرتهن ملك البدن دون العين قوله (لأن الجاهلة قيمها لا تنقضي إلى المنازعة) يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فانها هي المفسدة للعقد فصار كما إذا أعارت أو أطلت وإن كان الثاني سواء كان التقيد بالقدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالخالفه لصيرورته غاصباً بالتصرف بغير اذنه فان كان التقيد بالقدر هي الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر أدائه احتياج إلى فكها كونه وأقل المالكين فالزيادة ضرورية بقى نقصان لأن غرضه أن يستوفي أكثر المالكين إن هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وبفوت ذلك إذا رهن بالاقول وكلامه ظاهر وقوله (٢٣٠) (ووجب مثله) أي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل

ويجوز أن ينفصل ملك البدن عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن كما ينفصل زوالاً في حق البايع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصاً في الاعارة لأن الجاهلة قيمها لا تنقضي إلى المنازعة (ولو عين قدرها لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه ولا بأقل منه) لأن التقيد مفيد وهو ينفي الزيادة لأن غرضه الاحتباس بما تيسر أدائه وينفي النقصان أيضاً لأن غرضه أن يصير مستوفياً للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه (وكذلك التقيد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد) لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض وتفاوت الأشخاص في الامانة والحفظ (فاذا خالف كان ضامناً ثم إن شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن) لانه ملكه باداء الضمان فبين أنه رهن ملك نفسه (وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن عما ضمن وبالدين على الراهن) وقد بيناه في الاستحقاق (وان وافق) بأن رهنه بمقدار ما أمر به (ان كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المالك عن الراهن) لتام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) لانه صار قاضياً دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه (وان كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن) لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفياً لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يتمتع) لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه

قيمة الثوب ان كانت أكثر لأن الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه وهو ما إذا وافق المستعير المعير فيما شرطه وقوله (على ما بيناه) يعني قوله لانه صار قاضياً دينه بماله وكذلك قوله لما بيناه إشارة إليه وقوله (أن يفتكه جبراً عن الراهن) قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبر ان يعني جبراً فاما لمقات عن الراهن من القضاء بنفسه

(قوله فانه يجوز أن ينفصل ملك البدن عن ملك العين ثبوتاً) أقول فيه بحث فان قول المصنف للمرتهن يدل على أن المراد بانفصال ملك البدن عن ملك العين ثبوتاً ثبوت ملك البدن لشخص دون ملك العين فشرحه لا يطابق المشروح والمراد بالانفصال زوالاً

يده ابتداء وكلام الشراح هنا فيما إذا أودع أحدهما الرهن باذن الآخر بعد أن قبضه المرتهن بنفسه ثم إن الفرق بينهما أن في صورة الأيداع بعد قبض المرتهن بنفسه ينتقض قبضه السابق بالأيداع للنافاة بين اليد الودعية ويد الرهن لكون أحدهما موجبة للضمان دون الأخرى كما ذكر في المناقاة بين يدى العارية والرهن وأما في صورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم بد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن في حق المالبة فيصير الرهن مضموناً على المرتهن من هذه الحثيثة كما بين في بابيه ولم يوجد شيء آخر يقتضي انتقاض هذا القبض فبقى الضمان على حاله (قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يتمتع) اعلم أن قوله جبراً عن الراهن في أثناء هذه المسئلة من مغلفات هذا الكتاب وكان لفظ محمداً في هذه المسئلة حين أعسر الراهن كما ذكره

أن يبقى ملك البدن يزول ملك العين كما لا يخفى (قال المصنف ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن) ولهذا أقول تصحيف عن قوله حين أعسر لأن صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط وفي المبسوط حين أعسر قال نثر الاسلام البرذوي ذكر أنه حين أعسر الراهن لأن المعنى لا يستقيم لأن المعير يفتك جبراً من المرتهن لا من الراهن لأن الرهن ليس في يد الراهن وإنما هو في يد المرتهن ولكن يفتكه المعير حين أعسر الراهن ولعله وقع من الكاتب أو صحفه القارئ كذا سمع نقلته من خط مولانا ياس قال في الكفاية فأراد المعير أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتهن انتهى وقال أكمل الدين افتكه جبراً عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة وأعله من الجبر ان يعني جبراً للمقات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى والأصوب أن عن ههنا للدلية كما في قوله تعالى لا تحزى نفس عن نفس شيئاً وفي قوله عليه الصلاة والسلام صومي عن أمك فلا غباراً إذ يصير المعنى حينئذ جبراً على المرتهن بدل الراهن والبديلية بين الراهن والمعير

وقوله (ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال في النهاية ليس مجرى على إطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه بقدر القيمة لا ما كان أكثر منها يعني أن كان قيمة الرهن ألفا ورهنه بألفين فافتكه المعير بألفين ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك وليس بوارده على المصنف رحمه الله لأنه وضع المسئلة فيها إذا كانت القيمة مثل الدين وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأنه صار قاضيا دينه بما له (ولو اختلفا في ذلك) أي في كون الهلاك حال الرهن أو غيرهما فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن أو بعده الافتكالك فالقول قول الراهن لما ذكره والينة بينة المعير لأنه يدعي عليه الضمان فان قيل إذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفسك فقد أقرب بسبب وجوب الضمان وهو رهنه (٢٣١) الثوب بدينه ثم ادعى ما ينسخه

وهو الفسك فلا بد له من حجة كما إذا ادعى الغاصب رد المصوب أجيب بأن الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك وقوله (ولو اختلفا) هكذا في نسخة قراءتي على الشيخ رحمه الله وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالاول لان في لفظ كما يختلف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله (في انكار أصله) يريد عقد العارية

ولهذا يرجع على الراهن بما أدى المعير فاجبر المرتين على الدفع (بخلاف الاجنبى اذا قضى الدين) لأنه متبرع اذ هو لا يسمى في تخليص ملكه ولا في تقرير ذمته فكان اللطال بأن لا يقبله (ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه) لأنه لا يصح تبرعاً ما به هذا وهو الموجب على ما بينا (ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن) لأنه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين (كلوا اختلفا في مقدار ما أمر به بالرهن به فالقول للمعير) لان القول قوله في انكار أصله فكذا في انكار رصده (ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه به لقرضه كذا فلهلك في يد المرتين قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى) لما بينا أنه كالوجود ويرجع المعير على الراهن بمنزلة لان سلامة مالية الرهن باسبغائه من المرتين كسلامته ببراءة ذمته عنه (ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتين بالخيار ان شاء رجوع بالدين على الراهن) لأنه لم يستوفه

شمس الآفة السرخسى ونظر الاسلام البرزوى وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المصنف جبراً عن الراهن تحكيف وقع من الكاتب والقارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبراً عن الراهن بغير رضاه وبوافقه تقر بصاحب الكفاية هذه المسئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً بغير رضا الراهن ليس للمرتين أن يمنع اذا قضى دينه وقال صاحب الكفاية معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتين وقال صاحب العناية قوله افتكه جبراً عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة واعلم من الجبران يعني جبراً بالمساوات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى أقول فيه كلام أما أولاً فلا نل ما اختاره من المعنى لا ينشئ فيما إذا أراد المعير أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن اذ لم يفت عن الراهن اذ ذلك القضاء بنفسه لعدم محي أو أنه حتى يكون افتكالك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبراً بالمساوات عنه من القضاء بنفسه مع أن تلك الصورة أيضاً داخله في جواب هذه المسئلة كما لا يخفى وأما ثانياً فلا نل ما يسمي في المعريه جبراً عنه سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران ومحل الاغلاق في تركيب المصنف انما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر اذ هو متحقق في مسئلته النظر إلى المرتين وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكامة عن متعلقه إلا أن يصار إلى تقدير المسائل بوجه وجعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج في ذلك ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق بكلمة عن لفظ نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية (قوله ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال صاحب النهاية وهما قيد لازم ذكره فان قوله

(قوله قال في النهاية ليس مجرى على إطلاقه إلى قوله وليس بوارده على المصنف) أقول قال الامام الزهبي بعد ما نقل كلام النهاية وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطراً وباعتبار الاضطرار ثبت حق الرجوع

فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا الان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله لا المرتين أن يجسه حتى يستوفى الكل على ما عرف في موضعه انتهى وقد سنخى في هذا الاشكال قبل رؤيتي كلامه في هذا المحل وجوابه مذكور في الكفاية والدراية فراجعهما مناص عبارة الكفاية والكاكي فان قيل هو لا يتوصل الى تخليص ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعاً قلت الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليه باعتبار ما يتحقق به الايفاء انتهى فتأمل فان الكلام محالاً (قوله فكيف يصح التشبيه) أقول يجوز أن يكون جهة التشبيه كون القول للمعير ثم رأيت في الكفاية الآن يقال التشبيه في الانكار من غير نظر الى كون المتكبر معيراً أو مستعيراً

واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه) واضح وقوله في آخره (أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر) يعني بتسليم الرهن إلى المرتهن سمي في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم إلى المرتهن بمنزلة رده إلى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهر إذا كان الاستعمال قبل الرهن أما بعد فكاكه فليس ثمة تحصيل مقصود الأمر فلا يكون دافعا لما يرد من ضرورة المستعير في غير الرهن وقد أجيب بأن ثم الرد إلى نائب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق فالعود إلى الوفاق قبل الرهن كأنه رد إلى صاحبه حكما وبعده إلى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المصنف رحمه الله هو مختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وأما اختيار شيخ الإسلام رحمه الله فهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق ذلك عليه هذه

(وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أنفاه بالاعتاق (وتكون رهنا عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير) لان استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه) فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال مثل قيمتها ثم قضى المال فلم يقبضها حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لانه قد برئ من الضمان حين رهنها بما فانه كان أميناً خالف ثم عاد إلى الوفاق (وكذا إذا اقتك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنع لا يضمن) لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانهم حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده بنفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تغيبت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المربض مرض الموت منع نفاذ نبرسه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته إذا أنفذه الورثة ضمنوا قيمته

رجع على الراهن بما أدى غير مجرى على إطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه بقدر الدين لا بأكثر منه من قيمة النوب لانه ذكر في الإيضاح وقتنا في فاضحان فان عجز الراهن عن الاقتضاء فافتكه المالك يرجع بقدر ما يملك الدين به ولا يرجع بأكثر من ذلك بيانه إذا كانت قيمة الرهن أقل ففرهنا بالفين فافتكه المالك بالفين يرجع بقدر ما يملك الدين به وهو الألف ولا يرجع بأكثر من ألف لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك فكذلك إذا اقتكه كان متبرعا بالزيادة انتهى واقفي أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بعبارة نفسه وليس يوارد على المصنف لانه وضع المسئلة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين انتهى أقول فيه نظر لان قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من مقدمات دليل هذه المسئلة لانفس هذه المسئلة ولا يخفى أن مقدمات الدليل لا يجب أن توافق المدعى في الخصوص والعوم ولا في التقييد والإطلاق الأبري أن كلية الكبرى شرط في أشهر الأقيسة وأقواها وان كان المدعى جزئيا فأن أين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها أيضا حتى يستغنى عن تقييد ما تيك المقدمه بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية أنه إذا اقتك بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين فكان مضطرا وباعتبار الاضرار ثبت له حق الرجوع فكيف يتنوع الرجوع مع بقاء الاضرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله اذ المرتهن أن يجسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى أقول في كلامه هذا نوع غرابة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكله بطريق السؤال وأجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتوصل إلى تحصيل ملكه إلا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتباره إيفاء الدين من ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الايفاء انتهى وقد تبعه في ذكر هذه السؤال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فان كان الجواب المذكور مرضيا عند الزيلعي أيضا فلا معنى لاستشكله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنده كان عليه أن يبين محل فساد ولا ينبغي أن يعد السؤال المذكور فيها اشكالا من عند نفسه (قوله وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أنفاه بالاعتاق أقول كان الحق في التعليل أن يقال لان الحق تعلق بمالته وقد أنفاه بالاعتاق اذ لا شك أن المراد بالحق المذكور في التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بمالته الرهن دون رقبته

هو أن يكون غيره ممنوعاً عن إبطاله وقوله (والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال) يعني أن تكون الجناية في النفس أو ما دونها خطأ أما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالإجماع وقوله (أما الوفاقية) يعني أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الرهن هدر (فلا تهم جناية المملوك على المالك) فيما يوجب المال بل دليل أنه إذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لأنه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فإذا جنى عليه شيء لكان واجبه عليه وذلك باطل وفوقه بالغصوب إذا جنى على ماله كالمغصوب منه فأنها توجب الضمان وأجاب المصنف رحمه الله عما في الكتاب بخلاف الجناية الموجهة للقصاص فإن المستحق به ماله والمولى أجنى عنه بوجهه أن أقر المولى عليه بالجناية الموجهة للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال صحيح وأقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلافة أن الجناية

(٣٣٣)

غير مال العين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما لو حصلت على أجنى آخر فإن قيل ماله محتبسة بدينه فلا فائدة في إيجاب الضمان أجب بقوله (وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر) وإن كان يسقط حقه في الدين فإن إبقائه رهناً وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وإن لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقه رهناً كما كان وقوله (ودفعه) فيه تسامح لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وإن كان قابلاً له بلفظ الدافع لوقوعه في محبته أو التغلب سماء دافعاً وشاء (وله أن

ليشترى به عبيد يقوم مقامه قال (وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه للمالك قال (وجناية الرهن على الرهن والمرتهن وعلى ماله هدماء) وهذا عند أبي حنيفة وقال الجانيه على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال أما الوفاقية فلا تهم جناية المملوك على المالك ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لأن المالك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافة أن الجناية حصلت على غير ماله وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر ثم إن شاء الرهن والمرتهن أبطل الرهن ودفعه بالجناية إلى المرتهن وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله وله أن هذه الجناية لو اعتبرها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لأنها حصلت في ضمانه فلا يفسد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنابته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء لأنه لا فائدة في اعتبارها لأنه لا يملك العبد وهو الفائدة وإن كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه أنها لا تعتبر لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالضمان

كما مر غير مرة (قوله أما الوفاقية فلا تهم جناية المملوك على المالك) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الرهن هدر فلا تهم جناية المملوك على المالك واتفق أثره صاحب العناية أقول لا وجه عندنا لإحجام لفظ الوجه في تفسير مراد المصنف بقوله المذكور وإذا نصير المعنى حينئذ أما وجه المسئلة الوفاقية أي علمنا فلهذه العلة المذكورة في الكتاب لأن المصنف قد أدخل اللام على الخبر كما ترى في قول المعنى إلى أن علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم أن يكون المذكور في الكتاب علة العلة لئلا تفسد المسئلة وهو فاسد قطعاً (قوله ثم إن شاء الرهن والمرتهن أبطل الرهن ودفعه بالجناية إلى المرتهن) قال صاحب العناية قوله ودفعه فيه تسامح لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وإن كان قابلاً له بلفظ الدافع

(٣٠ - تكمله ثامن)

هذه الجناية لو اعتبرها للمرتهن كان التطهير عليه لأنها حصلت في ضمانه (لكونه مخاطباً بالدفع أو القداء كالرهن فكان حكم الدفع أو القداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك وقوله (وإن كانت القيمة أكثر من الدين) بأن كان العين والدين ألفاً وألف متاع المرتهن فقال للرهن أماناً تقضى نصف دينه أو يباع عليك العبد فإن امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفى المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فإن بقي شيء من الثمن أخذ الرهن نصفه والمرتهن نصفه لأنه بدل عبد نصفه وأمانة ونصفه مضمون وبذل الأمانة للرهن وبذل المضمون للمرتهن وإن قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهناً بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح

(قوله وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له) أقول يعني يحصل الغرض (قوله ومخلصه المشاكلة الخ) أقول فيه بحث يظهر على من علم المشاكلة (قوله أماناً يقضى نصف دينه) أقول بقدر الأمانة (قوله وهذا وجه ظاهر الرواية) أقول ولكن كلمة عن تأني عن كونه الرواية الظاهرة

وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرًا (بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن) لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كل الجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدًا ساوي ألفًا بآلف) نقصان القيمة بتراجع السعر بعدما قبض الرهن ليس يعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو نقص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله (حتى لا يزداد على دية الحر) نتيجة قوله كان مقابل بالدم وقوله (لان المولى استحقه) دليل قوله لانه بدل المالية في حق المستحق وقوله (أو نقول) دليل آخر أي لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفيا لآلف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنًا مكانه لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعة مائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعة مائة بالهلاك والباقي ظاهر (٣٣٤) واعلم أن صور المسائل ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من ألف

الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمن قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به أو قوال العلماء فيها أيضا ثلاثة أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو أن الراهن يفتكها بجميع الدين بلا خيار وقول محمد رحمه الله في الاولى كقولهما وفي الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين أن يسلمه الى المرتهن عماله كالثانية على ما ذكره وقول زفر رحمه الله ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد في أن الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسعة مائة قياسا على

وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كل الجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدًا ساوي ألفًا بآلف الى أجل فنقص في السعر فزجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشئ) وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لآل زفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فأشبه انتقص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في العصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بقوات جزئ منه يتقرر الاستيفاء فيه اذا لم يبدد الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقي مرهونًا بكل الدين فاذا قتله خر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجبار يقدر الفات وأخذ المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابل بالدم على أصلنا حتى لا يزداد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان بدل الرهن بد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر قيمته كانت في الابتداء أو في القفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا لآلف بمائة لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعة مائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعة مائة بالهلاك بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا للكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربا قال (وان كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء عن حقه فيرجع بتسعة مائة) لانه لما باعه باذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين لا بقدر ما استوفى وكذا هذا قال (وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن عماله وقال زفر يصير رهنًا بمائة له أن يد الرهن بد استيفاء وقد تقر بالهلاك الا أنه أخاف بد لا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولا يحاسبنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الاول

لوقوعه في صحبته أو التغليب سماه دافعا وثناء انتهى أقول لاصحة لتوجيه المشاكلة ههنا لان المشاكلة ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور الا اذا تكرر ذكر لفظ وأردبه في المرة الاولى أصل معناه وفي الاخرى غير ذلك كافي قوله تعالى حكاية تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وفيما نحن

الصورة الثانية فان حكمها أن التسعة مائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق والمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجود هذه الاقوال مذكورة في الكتاب

(قال المصنف وأصله أن النقصان من حيث السعر) أقول أي أصل جنس هذه المسئلة لا أصل هذه المسئلة فانه ليس فيه خلاف وفروك أن نقول الاتفاق في جواب المسئلة لا ينافي الاختلاف في التخييج (قال المصنف لانه بدل المالية) أقول أي القيمة وانما ذكر الضمير تأنويل الموجب أو باعتبار الخبر (قوله وقوله أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا لدليل آخر) أقول فيه بحث (قوله فاذا هلك يصير مستوفيا) أقول الفاء للتعقيب المذكور والافاء لهلاك مقدم (قال المصنف وان قتله عبد قيمته مائة) أقول أي قتل العبد الذي قيمته ألف ولم يتراجع سعره لانه لا يلزم التكرار

وقوله (الحماودما) يعني صورة ومعنى أمصورة قطاھر وأمامعنى فسلان القاتل كالمقتول في الأذمة والشرع اعتبره جزأ من حدث الأذمة دون المالملة ألا ترى الى استوائهم في حق القصاص فكذا في حق الدفع أيضا وقوله (لما ذكرنا) إشارة الى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ وقوله (كلبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب) يعني اذا قتلهم ما عبد ودفع مكانهم ما كان المشتري يتخير بين أن يأخذه بكل الثمن وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير

(٢٣٥)

لما ودعا ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولحمدا في الخيار أن المرهون تغفر في ضمان المرتهن فيخبر الراهن كالمبيع اذا قبل قبل القبض والمغصوب اذا قبل في يد الغاصب يخبر المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما أن التغيير يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لما ودعا كما ذكرنا مع زفر وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز عليك منه بغير رضاه ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وأنه منسوخ بخلاف البيع لأن الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لأن ملكه ناداه الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتل عبيد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف (واذا قبل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع) لأنه لا يملك التملك (ولو فدى طهر المحل بقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء) لأن الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها (ولو أبقى المرتهن أن يفدى قبل الرهن ادفع العبد وأفده بالدية) لأن الملك في الرقبة قائم له وانما إلى المرتهن الفداء لقيام حقه (فاذا امتنع عن الفداء بطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمه التخير) بين الدفع والفداء (فإن اختار الدفع سقط الدين) لأنه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالملاك (وكذلك إن فدى)

التراجع ولا تكرر رغبة (وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضعمان الجناية على المرتهن) يعني إذا كانت القيمة والدين سواء أما إذا كانت القيمة أكثر فسيأتي وإنما كانت الجناية عليه لأن العبد في ضمانه

(قوله قيل في بعض الشروح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا لم يراجع السعر) أقول وكذلك جعل الكافي الدراية وأما صاحب الكفاية فإنه مشى على طريق الشيخ الشارح

وقوله (لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن) يعني وإذا كان على المرتهن وقد أذاه الرهن وجب له على المرتهن مثل ما أدى إلى ولي الجناية وللمرتهن على الرهن دين فالتقياقصا صافيا يسلم الرهن للرهن ولا يكون متبرعا في أداء الفداء لأنه يسعى في تخليص ملكه كعبر الرهن وقوله (وحق ولي الجناية) بالجزم معطوف على دين المرتهن يعني أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية أيضا حتى لو جنى العبد المدون دفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله (لتقدمه على حق المولى) أي لتقدم دين العبد على حق المولى وإذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فإن المرتهن - من يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية في ملك العين

(قال المصنف لأن دين العبد مقدم على (٣٣٦) دين المرتهن وحق ولي الجناية الخ) أقول قال الاتقاني قوله وحق ولي الجناية

لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنسانا أو استهلك ما لا حيث يخاطب الرهن بالدفع أو الفداء في الابتداء لأنه غير مضمون على المرتهن فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وإن فدى فهو رهن مع أمه على حالهما (ولو استهلك العبد المهرهون ما لا يستغرق قيمته فإن أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كافي الفداء وإن أبقى قيل للرهن بعنه في الدين الآن بخلاف أن يؤدي عنه فإن أدى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا في الفداء (وإن لم يؤدي بيع العبد فيه بأخذ صاحب دين العبد دينه) لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى

بالنصب أو بالرفع عطا على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولي الجناية أيضا مقدم على حق المرتهن لأن كل واحد منهما مقدم على حق المولى - لأن يقدّم على حق المرتهن أولى لأن حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدرى بذلك في شرحه وقد مر آنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المهرهون أو لا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المهرهون ما لا وهذا كله يدل على أن

فباعه عبائة قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة فإن قتله عبد قيمته مائة فدفع إليه مكانه فتيكه بجميع الدين وقال محمد رحمه الله هو بالخيار إن شاء أفتى به بجميع الدين وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك أن قوله فإن قتله عبد الخ عطف على قوله ثم قتله رجل وإن الظاهر المتبادر أن ضمير قتله في المعطوف راجع إلى ما رجع إليه ضمير قتله في المعطوف عليه ولا شك أن الضمير في المعطوف عليه راجع إلى العبد المهرهون الذي نقص في السعرة فكذا الضمير الذي في المعطوف كما ذهب إليه أصحاب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان وإن أخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه إلى ما رجع إليه ضمير المعطوف عليه فلا أقل من إرجاعه إلى مطلق العبد المهرهون المذكور في ضمن العبد المهرهون المقيد بنقصان سعرة في المعطوف عليه وعلى كالا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف ههنا بقوله ولو كان تراجع سعرة الخ عن شأبة التكرار وإما رجع الضمير في المعطوف إلى العبد المهرهون المقيد بعدم تراجع سعرة فما لا تساعده العبارة المذكورة قطعاً على مقتضى العربية فلا وجه للصير إليه تبصرت رشده (قوله لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى) قال صاحب النهاية قوله وحق ولي الجناية بالجزم أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولي الجناية أيضا حتى لو جنى عليه دين يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى أي لتقدم حق العبد على حق المولى فإذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية

مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي الجناية أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق (فإن) ولي الجناية حتى لو جنى عليه دين يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فأقول هذا في غاية الضعف لأن المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لأنه قال ودين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة تقدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لا محالة انتهى ونحن نقول فيه بحث فإنه تأخير ضرورة لكنه تقدم معنى حيث لم يبق في يد ولي الجناية شيء كما لا يخفى (قوله وقوله وحق ولي الجناية بالجزم معطوف على دين المرتهن) أقول ولعل النصيب أولى عطا على دين العبد أي حق ولي الجناية مقدم على دين المرتهن وإنما قلنا ذلك أولى لعدم ظهور دلالة قوله لتقدمه على حق المولى (قال المصنف لتقدمه على حق المولى) أقول في دلالته على التقدم على حق ولي الجناية بحث فإنه كما يقال للمولى في الاستملاك بيع أو أدا المال كذلك يقال في الجناية ادفع أو أدد (قوله فإن المرتهن يقوم مقام المولى في المالية) أقول وكذلك صاحب دين العبد قائم مقامه في المالية حيث يباع ويعطى ثمنه فلا يظهر بذلك التقدم خصوصا على حق ولي الجناية بل عكسه أظهر لأن المولى يخاطب فيه بدفع عين العبد وعلبك بامعان النظر

(فان فضل شيء دين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن) لان الرقبة استخفت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك (وان كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد دخل أخذه به) لانه من جنس حقه (وان كان لم يحل أمسكه حتى يحل وان كان غن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد) لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت في تأخر الى ما بعد العتق (ثم اذا أدى بعده لا يرجع على أحد) لانه وجب عليه بفعله (وان كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما أفدياه) لان النصف منه مضمون والنصف أمانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الأمانة على الراهن فان أجمعاً على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا وانما منه الرضا به (فان تشا حاق القول لمن قال أنا أفدى رهنا كان أو مرتهننا) أما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال المرتهن وكذا في جنابة ولد الرهن اذا قال المرتهن أنا أفدى له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضموناً فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفدى وأما الراهن فلانه ليس للمرتحن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره (ويكون المرتحن في الفداء متطوعاً في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن) لانه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعاً به ذاعلى ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنين القولين ان شاء الله تعالى (ولو أبى المرتحن أن يفدى وفداء الراهن فانه يحسب على المرتحن نصف الفداء من دينه)

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لأنه لأملك التملك وقوله (فان تشا) بأن اختار الراهن الفداء والمرتحن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتحن اذا اختار الفداء والممرتحن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتحن اذا اختار الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكره جنابة ولد الرهن

(قال المصنف فان أجمعاً على الدفع دفعاً) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في قوله دفعاً ولا يقال المراد رضا بالدفع بطريق عموم المجاز لانه لا يكون مسبباً عن الاجماع على الدفع والمخلص التغليب

لان المرتحن يقوم مقام المولى في المالمية وولى الجنابة يقوم مقام المولى في ملك العين الى هنا كلامه واقتنى أثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال صاحب الغاية قوله وحق ولى الجنابة بالنصب أو بالرفع عطفاً على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتحن وكذا حق ولى الجنابة أيضاً مقدم على دين المرتحن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق المرتحن أولى لان حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير نصريح القدوري بذلك في شرحه وقد مرنا نفا تحقيقه أن المصنف ذكر جنابة العبد المرهون أولاً وتقدمه على حق المرتحن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمن الجنابة على المرتحن ثم ذكر دين العبد ثانياً وتقدمه على حق المرتحن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولى الجارأى دين العبد مقدم على دين المرتحن ومقدم أيضاً على حق ولى الجنابة حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولى الجنابة ثم يباع للغرماء فأقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولى الجنابة وفي المسئلة قدم حق ولى الجنابة ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لا محالة الى هنا لفظ الغاية أقول لا تدافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسئلة التي استشهدوا بها اذ لا يشبهه على الفطن تحقق تقدم حق الغرماء حقيقة على حق ولى الجنابة في تلك المسئلة فانه وان دفع العبد الجاني أولاً الى ولى الجنابة الا أنه لم يبق في يده بل يبيع ودفع ثمنه الى الغرماء وقد نبت عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولى الجنابة أولاً ولكن اذا بيع لم يبق للدفع أثر فاعلم أن الدين كان مقدماً حقيقة انتهى (قوله فان فضل شيء الخ) أقول فيه شيء وهو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله فان فضل شيء الخ من متفرعات المسئلة السابقة وهي قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذى مسكة أن المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شيء من غن العبد الذي يبيع فيلزم

وقوله (لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع) يعني أن الراهن إذا خوطب فلا بد له من أحدهما وأيهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله (وان كان غائبا) ذكر في الاسرار أن المراد به الغيبة النقطعة قوله (وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) وما بعده هو الموعود بقوله وسنين القولين وما بعده واضح الخ

﴿فصل﴾ هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في أواخر الكتب (ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة) وان نقص سقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الفائت مجرد وصف وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين أن يفكه ناقصا بجميع الدين وبين أن يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند

(٣٣٨)

حنيفة وأبي يوسف وعند

إذا انكسر فقوله يساوي عشرة وقع اتفاقا

(قال المصنف وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) أقول قال الامام الزياطي وعن زفر عن أبي حنيفة رحمه الله على عكسه أن الراهن إذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا في الفداء وان كان غائبا كان متطوعا فيه ووجهه أن المجني عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لانه ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العدم منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجة له الى الفداء فإذا فداءه من غير حاجة اليه كان متطوعا وأما في حالة حضرته فالمجني عليه يخاطبهما بالدفع والفداء فلا يتوصل المرتهن الى استدامته الا بالافداء فكان مضطرا

لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وان كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في نصف كان عليه فإذا أدام الراهن وهو ليس بمطوع كان له الرجوع عليه فيصير قاصدا يدينه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضرا فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر وجههم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبهه الاجنبي وله أنه إذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فإذا فداء المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فأما إذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال (واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لو وصيه (وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وأمره ببيععه) لان القاضي نصب ناظر لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي يؤدي باعليه لغيره ويستوفى ماله من غيره (وان كان على الميت دين فله الرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز ولا آخرين أن يردوه) لانه أثر بعض الغرماء بالافاء الحكمي فأشبهه الاشارة بالافاء الحقيقي (فان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز) لزوال المانع بوصول حقهم اليهم (ولو لم يكن لبيت غريم آخر جاز الرهن) اعتبارا بالافاء الحقيقي (وبيع في دينه) لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا ارتهن الوصي بدين لبيت على رجل جاز) لانه استيفاء وهو عليك قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات تذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة)

أن لا ينتظم المعنى اللهم الآن يكون قوله فان فضل شيء الخ مسألة متباينة للسئلة الاولى مقابلتها لا متفرعة عليها ويكون الفاء في قوله فان فضل لمجرد الترتيب الذي كثر كما تستعمل الفاء في هذا المعنى أيضا على ما عرف في علم الادب تأمل

﴿فصل﴾ هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب فلذلك أخره استدراكا لما فات

لان

اليه فلا يكون متطوعا كغير الراهن وصاحب العلو اذا بنى السفلى ثم بنى عليه علوه انتهى ولا يخفى أن هذا الوجه يراد اعتراضا على ظاهر الرواية ولا يخفى خلاص عنه عن الاشكال

﴿فصل﴾ ومن رهن عصيرا (قال المصنف ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمتها عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة الخ) أقول قال الزياطي يشير الى أن المعترف به في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل الاعتبار فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه امام مكيل أو موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين كافي انكسار القلب وانما يوجب الخیار على ما ذكرنا لان الغائب فيه مجرد الوصف وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين بأجاء الصحابة فيكون الحكم فيه انه ان نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين والافلا انتهى فكان الاصول أن يقول بدل قوله يساوي عشرة الخ والمقدار باق على حاله

وقوله (لان ما يكون محلا للبيع) يعني أن الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله وانه لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتمخر قبل القبض لم يبطل عقده فكذلك في الرهن ولقائل أن يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فبالبال هذا يختلف عن ذلك الاصل ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك يختلف عن ذلك الاصل واعلم أن العصور المرهون اذا تمخر فاما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلما أو بالعكس فان كانا كافرين فالرهن بماله يتخلل أو لم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان يتخلل فكذلك واليه يلوح اطلاق المصنف رحمه الله حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن أن يتخلله أو لا فيه تفصيل ان كانا مسلمين أو كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها مكتبة بالتخلل فصار كخصائص الرهن من الجنابة والمرتهن ذلك واذا جاز ذلك في المسلمين والخمر ليست محمل بالنسبة اليهم فلا يجوز في المرتهن الكافر أو لا لانها محمل بالنسبة اليه وأما اذا كان الراهن كافرا فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الخمر لا تعدل المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليله فان تخللها ضمن قيمتها يوم خلتها لانه صار غاصبا عما صنع كالوعصب جرد في تخللها فالتخلل له وتوقع المقاصة ان كان الدين من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وقوله (فهو رهن بدرهم) يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وأما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بأن ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها خمسة عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتها درهمين وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت أكثر أو أقل فهي مذكورة في النهاية

(٢٣٩)

قال (وعناء الرهن للرهن الخ)

الاصول ان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد اذا كانت سالحة لاحكامها والرهن منها لكونه حقا لازما اذا لازم هو القار والقار ما يكون ثابتا في جملة الام ولا ينفرد من عليه بابطال حكمه ككونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتبنة ومبدرة وانما فسرنا بذلك

لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذا التحلية بالمالية فيها ما واخر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محمل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتمخر قبل القبض يبقى العقد الا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بغيره ما اذا تعيب (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فانت قد بدع جلد لها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض قد بدع جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال (وعناء الرهن للرهن وهو مثل الولد

فيماسبق) وقوله لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذا التحلية بالمالية فيها ما واخر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محمل له بقاء) أقول لقائل أن يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من

لثلاث ترد كقالة الحرة فانها ما تسري الى الاولاد والزاكاة بعد كمال الحول كذلك فانها ما يشترط في ذمة الكفيل والمالك لافي عين الامهات ولثلاث لا يرد ولد الجنابة فان من عليه يتقرر بالابطال باختيار الفداء وانما قيدنا الاولاد بصلاحياتها لاحكام الاوصاف لثلاث يرد ولد المغصوبة والمستأجرة والمنكوحه والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف أما في غير الغصب فظاهر

(قال المصنف لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن) أقول منقوض بالشائع والجواب أن فيه مانعا (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا) أقول فيه بحث لان ما ذكره أن يكون السالب لقابلية التحلية وهو تبدل وصف العصرية الى الجبرية مع حالها والاولى أن يجاب بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتمخر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات يرثه قريبه المسلم فثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقد شرع لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء انتهى عن الاقتراب والاعتراض ولا وجه لذلك في البقاء فليتأمل (قوله والخمر ليست محمل) أقول للرهن ابتداء (قوله لانها محمل بالنسبة اليه) أقول نعم الا أنه ليس كتخليص الرهن من الجنابة بالنسبة اليه لكن لا غرو فان كونه كذلك بالنسبة الى الراهن كاف (قوله وانما فسرنا الخ) أقول أي لازم (قوله فانها ما يشترط في ذمة الكفيل والمالك لافي عين الامهات) أقول هذا تعليل لقوله لثلاث يرد ولد يعني لافي جملتها أي في جملة الكفيل والام التي ثبت حق الزكاة فيها وفيه تأمل فان كونها ما لا يثبت فيه حق الزكاة وصف ثابت بجملة تاهم أقول ولك أن تقول يخرج الجواب عن ولد المستأجرة والموصى بخدمتها بانها ما لا يثبتان في عين الامهات لتكون كل منهما عقدا على المنفعة (قوله ولثلاث لا يرد ولد الجنابة فان من عليه الخ) أقول لفظه من عبارة عن المولى (قوله يتقرر بالابطال) أقول أي بابطال الجنابة عن الام بالتزامها في ذمته باختيار الفداء (قوله باختيار الفداء) أقول فعلى هذا لو كانت وصفا ظاهرا لا يرد نقضا لعدم ثبوتها للام

وأما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضاً مقصوداً بغير حق ولم يتحقق في الولد وإذا ظهر هذا علم أن غناء الرهن كالبن والثمر والصوف والولد للراهن لأنه متولد من ملكه ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له ففي الأصل وصفان لازمان الملك وكونه رهناً فيسريان إلى الولد فان هلك الولد هلك بغير شيء لأن الاتباع لا يقطع لهما بما يقابل بالأصل اذ لم تكن مقصودة لانها لم تدخل تحت العقد مقصوداً اذ اللفظ لم يتناولها وان هلك الأصل (٢٤٠) وبقي الغناء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض لأنه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة الغناء يوم الفكاك لأنه انما صار مضموناً به ولو هلك قبله هلك مجاناً والتبع يقابله شيء اذا صار مقصوداً كولد المبيع فإنه يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصوداً بالقبض والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شيء من الدين فما أصاب الأصل يسقط من الدين بقدره لأنه يقابله الأصل مقصوداً وما أصاب الغناء افتكه الراهن به وقوله (وصور المسائل على هذا الأصل) يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتهما يوم القبض والفكاك (تخرج) وفي ذلك كثرة وتطويل فأعرض عنها وتابعناه في ذلك وقوله (فيصح تعليقها بالشرط) يريد بالشرط قوله فما حلت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها وقوله (لأنه أُلْفِهَ باذن المالك) فيه إشارة إلى أنه لو أُلْفِهَ بغير اذنه ضمن وكانت القيمة رهناً مع الشاة وكذا الوفاء الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن

والثمر واللبن والصوف) لأنه متولد من ملكه ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه (فان هلك بغير شيء) لان الاتباع لا يقطع لهما بما يقابل بالأصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصوداً اذ اللفظ لا يتناولها (وان هلك الأصل وبقي الغناء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة الغناء يوم الفكاك) لان الرهن يصير مضموناً بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذ بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصوداً كولد المبيع فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله الأصل مقصوداً وما أصاب الغناء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الأصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتامه في الجامع والزوائد (ولو رهن شاة بعشرة وقيمة عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك) أما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط وانما طرأ لانها اطلاق وليس بتعليق فتصح مع الخطر (ولا يسقط شيء من الدين) لأنه أُلْفِهَ باذن المالك (فان لم يفكك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط وما أصاب اللبن أخذ المرتهن من الراهن) لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن أخذه وأُلْفِهَ فكان مضموناً عليه فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد الشاة اذ أذن له الراهن في أكله وكذلك جميع الغناء الذي يحدث على هذا القياس

التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلاف في وضع المسئلة بل كان يكفي أن يقال ومن رهن عصيراً بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فتأمل قال صاحب العناية لقائل أن يقول ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فبال هذا يختلف عن ذلك الأصل قال ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً وههنا يتبدل المحل حكماً بتبدل الوصف فلهذا يختلف عن ذلك الأصل انتهى أقول في الجواب بحث اذ لقائل أن يعود ويقول لو كان يتبدل المحل ههنا يتبدل الوصف كان ينبغي أن يبطل العقد فيما اذا اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض اذ على تقدير تبدل المحل يلزم أن يكون المبيع هالكاً قبل القبض في هاتيك الصورة وقد قالوا في المسئلة الآتية ان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وان المنتقض لا يعود مع أنه ذكر في الكتاب أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد لأنه يتخير في البيع فان قيل هذا التبدل ليس بتبدل حقيقي بل هو تبدل حكمي كما صرح به صاحب العناية والذي يستلزم كون البيع هالكاً انما هو التبدل الحقيقي دون الحكمي قلنا لقائل أن يقول ما بال هذا التبدل الحكمي كان له تأثير في التخلّف عن ذلك الأصل المقرر ولم يكن له تأثير في كون المبيع هالكاً وما الفارق بينهما وبالجملة للكلام مجال في كل حال وأورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال فيه بحث لان ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصرية إلى الخيرية معجهاها وقال والاولى أن يجاب بان المخرق قابل للحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصيراً فتخمر فإنه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه

قال

رقوله وأما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضاً مقصوداً (الخ) أقول واذا انعدم سبب الغصب وهو القبض مقصوداً انعدم حكمه لاحتماله (قوله وقيمة الغناء يوم الفكاك لأنه انما صار مضموناً به) أقول الضمير في به راجع إلى الفكاك (قوله اذا صار مقصوداً بالقبض) أقول اذا ماتت الام

قال (وتجوز الزيادة في الرهن الخ) الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوباً بعشرة يساوي عشرة ثم زيد الرهن ثوباً آخر ليكون مع الاول رهناً بالعشرة جاز عند علماء ثنائهم الله والزيادة على الدين (٢٤١) لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف وقال زفر والشافعي

لا تجوز الزيادة فيهما جميعاً والخلاف معهما في الرهن الثمن والتمن والمهر والمنكوحه وهو أن زوج المولى أمته من رجل بالف ثم زوج أمته أخرى بذلك الالف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الالف عليهما وذكروا في الاسرار وطريقة البرعى وغير ذلك أن ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحه أن يقول المولى زدتك أمة أخرى بذلك المهر أو قال زوجتك هذه الأمة الأخرى بذلك المهر - رزم أن يصح وقوله (الآثرى أنه لو رهن عبداً بمائة مائة) يعني من الدين الذي هو ألف فيكون بنصف الدين كان جائزاً ولو رهن ثوباً بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح وقوله (والالتحاق بأصل العقد) افساد للجامع الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله وهو واضح وحاصله أن الالتحاق بأصل العقد انما يتصور إذا كانت الزيادة في المعقود عليه أو المعقود به والزيادة في الدين ليست

قال (وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) عند أبي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهناً بها وقال أبو يوسف تجوز الزيادة في الدين أيضاً وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن الثمن والتمن والمهر والمنكوحه سواء وقد ذكرناه في البيوع ولا يبي يوسف في الخلافية الأخرى أن الدين في باب الرهن كالتن في البيع والرهن كالتن في تجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للعاجلة والامكان ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشروع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن ألا ترى أنه لو رهن عبداً بمائة من الدين جاز وإن كان الدين ألفاً وهذا شيعي في الدين والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انقضاءه والالتحاق بأصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد ثم إذا صححت الزيادة في الرهن

قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقد شرعت لأحكامها وانما لم يكن محلاً للعقد ابتداءً للتمسك عن الاقتراب والاعتراض ولا يوجد ذلك في البقاء فليتمل انتهى على هنا كلامه أقول جوابه الذي عده أولى ليس بشئ لأن مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل أن يقول الخ انما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة أن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن والتمن لم يكن محلاً للبيع ابتداءً فهو محمل له بقاء حيث ورد عليه أن ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فإمعن كونه الخ محلاً للبيع في البقاء دون الابتداء ولا تسلك أن القول بأن الخ قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السؤال المنزور المورد على قولهم في التعليل المذكور أن الخ لم يكن محلاً للبيع ابتداءً فهو محمل له بقاء يكون ما له تغيير تعليلهم المذكور إلى أن يقال إن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن والتمن قابل لحكم البيع ابتداءً وبقاءً فكذلك في الرهن وهذا مع كونه عديم ولا عن تعليلهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه إذ لا ريب أن ما يكون محلاً للبيع وهو ملك العبد لا يكون محلاً للرهن فإن حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والخمس للترهن لا غير كما تقرر فيما مضى (قوله ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن الخ) أقول لقائل أن يقول لا فائدة لقوله وهو القياس في أثناء ذكر دليلهما لأن دليل أبي يوسف أيضاً هو القياس كما أفصح عنه تقرير المصنف إياه حيث قال إن الدين في باب الرهن كالتن في البيع والرهن كالتن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للعاجلة والامكان وعن هذا ترك صاحب الكافي القيد المذكور أعني قوله وهو القياس في أثناء تقرير دليلهما والجواب أنه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الأخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين بل مراده بذلك هو الاحتراز عن أصل أئمتنا الثلاثة في الخلافية الأولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فإن أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيره والباعث على تقيد المصنف ههنا بهذا الاحتراز هو أنما كان دليل أبي يوسف في الخلافية الأخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره جاز أن يتوهم أن دليله ما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونه ما في خلافية ههنا فنبه على أن أصلهما أيضاً هو القياس في هذه المسئلة وانما الاستحسان أصلهم في الخلافية الأولى (قوله والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن) أقول لقائل أن يقول سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن

(٣١ - نكمله ثامن) قال المصنف وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) أقول معناه لا يكون الرهن رهناً بالزيادة لأن نفس زيادة الدين على الدين غير صحيحة لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائزاً جامعاً (قال المصنف وقد ذكرناه في البيوع) أقول المذكور فيه خلافاً في زيادة الثمن وحطه لا غير (قوله أن يقول المولى زدتك أمة أخرى) أقول فانه ليس فيه لفظ التزويج

في شيء من ذلك أما أنه غير معقود عليه فظاهر وأما أنه ليس بمعقود به فلو جوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فإنه معقود عليه لأنه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله (وتسمى هذه زيادة قصدية) يعني بخلاف نكاح الرهن فإنه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله (واذا ولدت المرهونة ولدا) يعني إذا رهن جارية بالف تساوى ألفا فولدت ولدا تساوى ألفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد وهنا وهو أيضا تساوى ألفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الأم فينتظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك وإلى قيمة الأم يوم العقد فأصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لأنه دخل في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لأنه اذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الأم قسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض (٣٤٣)

وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الأول يوم القبض ألفا والدين ألفا يقسم الدين أنسلا في الزيادة ثلث الدين وفي الأصل ثلثا الدين اعتبارا بقيتهم ما في وقت الاعتبار وهذا إن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (واذا ولدت المرهونة ولدا ثم إن الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهنا مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة) لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم (ولو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فأصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها) لأن الزيادة دخلت على الأم قال (فإن رهن عبدا تساوى ألفا بألف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهنا مسكان الأول فالأول رهن حتى يرد إلى الراهن والمسترهن في الآخر أمين حتى يجعله مسكان الأول) لأن الأول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض مادام الدين باقيا وإذا بقي الأول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لأنه ما رضى بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما فإذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لأن يرد المرتهن على الثاني بدأمانة ويد الرهن بداستيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جيات فاستوفى زيوفا ظنهما جياتا ثم علم بالزيادة وطالبه بالجيات وأخذها فان الجيات أمانة في يده ما لم يرد الزيوفا ويجدد القبض وقيل لا يشترط لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة ولأن الرهن عينه أمانة والقبض رد على العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين (ولو أقر المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن بهلك بغير شيء استحسنانا) بخلاف أن الرهن مضمون بالدين أو يجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالبراء أو الهبة

فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها لأن الزيادة دخلت على الأم فصارت كأنها كانت في أصل العقد فيكون الولد دخلا في حصة الأم خاصة فان ماتت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة نكاح فيها لان هلاك الأم لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الأم ولولا ذلك قال (فإن رهن عبدا تساوى ألفا الخ) كلامه واضح وقوله (على ما بيناه من قبل) يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان نكاح الرهن بالقبض وقوله (بخلاف أن يفرجه الله) هو يقول ان الضمان في

يكون الدين الذي زيد يتناجد إذا حدث ما عوجب متأخر عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره والجواب أن الكلام في الالتحاق بأصل العقد فالدين وإن كان متأخرا عن أصل عقد الرهن إلا أنه يثبت بالالتحاق بأصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي ولا شك أن زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان التحاقه بالأصل فإن الالتحاق فرع التحقق فالهنا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تأمل تفهم

باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد البراء وما قبله سواء ولهذا كان مضمونا ولا بعد الاستيفاء وإن لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو يجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالبراء أي بسببه

(قوله وأمانه ليس بمعقود به فلو جوبه) أقول الأصوب أن يقول أما أنها ليست في المعقود علمه فظاهر وأما أنها ليست بالمعقود به فلان الدين واجب بسببه قبل عقد الرهن وانما قلنا ان الأصوب ذلك لان ظاهر تقديره يدل على ان المقصود بالنفي كون الزيادة مقصورا عليها وبها وليس كذلك اظهروا أنها ليست واجبة قبل عقد الرهن فلتأمل وتوجيه ما ذكره المصنف ارجاع الضمير إلى المخفى به المعلوم من سياق الكلام (قوله فان مات الولد بعد الزيادة) أقول قبل الفكاك (قوله وان لم يبق الدين بالبراء) أقول لفظ البراء ليس في محله كما لا يخفى (قوله أول توهم الوجوب الخ) أقول فيه بحث وفي بعض النسخ عند توهم الوجود وهو الصحيح

ولاجهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيسل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد البراء فانه يضمن وقد سقط الدين اجاب بقوله الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا لا تنفاه ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله ان البراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا بالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذي لزم الدين به الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فيفضي الى الدور وقوله (فاما هو) يعني تعذر الاستيفاء فاما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرر التوكيد (فاذا هلك) يعني الرهن بتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لثلاث تكرر الاستيفاء وقوله (وكذا اذا اشترى) معطوف على قوله ولو استوفى وقوله (لانه) أي لان كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان (٢٤٣) باقيا أو قيمته ان هلك في يده قبل الرد وقوله (لانه) يعني البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال نمة المحيل تبرأ بالحالة عما عليه فكان ينبغي أن يكون بمعنى البراء فيها لك أمانة ووجه ذلك ما أشار اليه أن الحوالة وان كانت ابراء لكنها تطرئ الاداء دون الاسقاط (لانه يزول به) أي بعقد الحوالة الخ وقوله (لانه) يعني المحال عليه (بمزالة الوكيل) عن المحيل بقضاء الدين وقوله (وكذلك لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن الخ) اختيار بعض المشايخ اخذوا المصنف ومنهم من قال اذا كان التصادق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان وجوبه ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا كان قبله هلك أمانة

ولاجهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم يتقبله ولاية المنع (وكذا اذا اذرت هنت المرأة رهنها بالصادق فأرأته أو وهبته أو أرتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلفت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها بهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا) لسقوط الدين كما في البراء ولو استوفى المرتهن الدين باقيا الراهن أو باقيا متطوع ثم هلك الرهن في يده بهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف البراء ووجه الفرق أن البراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا بالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني (وكذا اذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين) لانه استيفاء (وكذلك اذا حال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين) لانه في معنى البراءة بطرئ الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن بهلك بالدين)

(قوله ووجه الفرق أن البراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا بالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني) المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمي والاستيفاء الثاني هو الاستيفاء الحقيقي كذا في عامة الشروح أقول ههنا نوع اشكال وهو أن الاستيفاء الحكمي الذي ثبت للمرتهن بقبض الرهن اما أن ينتقض باستيفائه الدين حقيقة باقيا الراهن أو باقيا متطوع قبل هلاك الرهن أو لم ينتقض بل بقي على حاله فان انتقض لم يتم قوله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول اذ قد تقرر عندهم أن المنتقض لا يعود وقد مر في الكتاب غير مرة وان لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم أن يتكرر الاستيفاء عند استيفائه الدين باقيا الراهن أو باقيا متطوع وتكرره مؤداه الى الرافا فاسد كما مر أيضا غير مرة ويمكن أن يجاب عنه بأنه غير منتقض بل باق على حاله ولكنه في قوة الزوال والانتفاض برد المرتهن الرهن على الراهن سيما اذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقي كما فيما نحن فيه فكان الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي ما لم يتقرر الاستيفاء الحكمي بهلاك الرهن في يد المرتهن فلم يحصل فاسد هذا غاية ما يمكن في التفصي عن ذلك الاشكال وان كان لا يخلو عن نوع تكلف

لان تصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين

(قوله يسقط الدين أصلا كما ذكرنا) أقول آنفا (قوله بالاستيفاء لا يسقط) أقول يعني لا يسقط الدين (قوله لقيام الموجب) أقول يعني الموجب للدين (قوله أو قيمته ان هلك في يده قبل الرد) أقول ولا ينتقض الشراء والصلح (قال المصنف وكذا لو تصادقا على أن لا دين) أقول قال الزيلعي قال في السكا في ذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط اذا تصادقا أن لا دين بقي ضمان الراهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن وأما اذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم ثم هلك بهلك أمانة لانه تصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر الاستيعا في أنهم اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب لا يهلك مضمونا انتهى واختيار المصنف هلا كما مضمونا في صورتين كما لا يخفى

ووجه مختار المصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكر وجوبه بعد التصديق على انتفائه فتكون الجهة باقية وضمن الرهن متحقق بتوهم الوجوب وقوله (بخلاف الإبراء) راجع إلى قوله ولواستوفى وذلك لأنه من غمة إلى همتا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية

كتاب الجنائيات

ذكر الجنائيات عقب الرهن لان (٢٤٤) الرهن لصيانة المال وحكم الجنائية لصيانة النفس والمال وسيلة للنفس

فكان مقدما عليها ومحاسن أجزئها بحاسن الحدود والجنائية في اللغة اسم لما يكتسب من الشرسمية بالمصدر من جنى عليه شرعا وهو عام لأنه في الشرع خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى

لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الإبراء والله أعلم
كتاب الجنائيات
 قال (القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب) (قوله بخلاف الإبراء) قال صاحب العناية قوله بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولواستوفى وذلك لأنه من غمة إلى همتا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء وقال والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية انتهى أقول لا مسأغ عندي لأن يكون قوله ههنا بخلاف الإبراء راجعا إلى قوله ولواستوفى لأن المصنف قال بعد ذكر مسألة استيفاء المهر من الدين فيما مر بخلاف الإبراء وبين وجه الفرق بين الإبراء والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله ههنا بخلاف الإبراء راجعا إلى قوله ولواستوفى لتكرر الحشو في كلامه وحاشاه عن ارتكاب مثل ذلك

كتاب الجنائيات

أورد الجنائيات عقب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجنائية لصيانة النفس الأبرى إلى قوله تعالى ولكم في القصاص حياة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنائيات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في أكثر الشروح قال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لأنه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجنائية فانما محظورة لأنها عبارة عما ليس للانسان فعله انتهى أقول ليس هذا بشئ لان المقصود بالبيان في كتاب الجنائيات انما هو أحكام الجنائيات دون أنفسها ولا شأن أن أحكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة أيضا فلامعنى لنا خبرها من هذه الحيفية ثم ان الجنائية في اللغة اسم لما يتجنبه من شر تركسبه وهي في الأصل مصدر جنى عليه شر اجنابة وهو عام في كل ما يتجنب ويسوء لأنه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعاً وجرماً هذان يذنب ما في الكتاب والشروح (قوله القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب) قال صاحب النهاية وجه الانحصار في هذه الخمسة هو أن القتل اذا صدر عن انسان لا يخلو اما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما أن يكون به قصد القتل أم لا فان كان فهو عمد وان لم يكن فهو خطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما أن يكون معه قصد التأديب والضرب أم لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أم لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بسبب وهذا الانحصار يعرف أيضاً تفسير كل واحد منها انتهى أقول فيه خلل أما أولاً فلأنه جعل القتل الخطأ مخصوصاً بحصول سلاح وليس كذلك اذ لا شك أن القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون أيضاً ما ليس بسلاح كالخمر العظيم والخشبة العظيمة وأما ثانياً فلأن قوله فان كان هو هو يشبه تفسير الشئ بنفسه وأما ثالثاً فلأن قوله وان لم يكن جارياً مجرى الخطأ فهو

قطعاً وجرماً وسببها سبب الحدود وشرطها كون المهل حيواناً قال (القتل على خمسة أوجه) القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان ارب خمسة أوجه وذلك لانا قد استقر بنا فوجدنا ما يتعلق به شئ من الاحكام المذكورة

(قوله يعني بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكر وجوبه بعد التصديق على انتفائه) أقول فيه نظر فان الاحتمال الذي لم ينشأ عن دليل لا بد لاعتباره في مثل ما نحن فيه من دليل (قوله وقوله بخلاف الإبراء)

أقول قال الاتقي في قوله بخلاف الإبراء يتصل بقوله يهلك الدين والله أعلم

كتاب الجنائيات

(قوله والجنائية في اللغة اسم لما يكتسب من الشر) أقول الفقه يبحث عن أفعال المكلفين فلأريد المعنى المصدري بالجنائية لكان أنسب وجعها بجمع الطهارات

كان به قصد القتل أولا فان

كان فهو العمد وإن لم

يكن فهو الخطأ وإن لم يكن

بسلاح فلا يخلو اما أن

كان معه قصد التأديب

والضرب أولا فان كان فهو

شبه العمد وإن لم يكن فلا

يخلو اما أن كان جارا

محجرا الخطأ أم لا فان كان

فهو هو وإن لم يكن فهو

القتل بالسبب وبهذا

الاختصار تعرف أيضا

تفسير كل واحد منها

وضعه وركا كته ظاهرا

وقوله (أو ما جرى مجرى

السلاح) يعني في تفریق

الاجزاء كالحد من الخشب

وأبطة القصب وهي قشره

وقد تقدم

(قوله لا يخلو اما أن حصل

بسلاح) أقول أو ما جرى

مجراه (قوله وإن لم يكن

فهو الخطأ) أقول قد يكون

القتل الخطأ بغير سلاح كما

إذا رمى صيدا بحجر أو خشبة

فأصاب رجلا فقتله (قوله

فإن كان فهو شبه العمد)

أقول شبه العمد لا يلزم أن

يكون على قصد التأديب

بل قد يكون على قصد

القتل وجوابه أن ذلك

بالنظر إلى الآلة (قوله فإن

كان فهو هو) أقول هذا

تعريف الشيء بنفسه ظاهرا

(قال المصنف فالعمد ما عمد

ضربه) أقول أي ضرب

المقتول فيخرج العمد فيما

والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال (فالعمد ما عمد ضربه بسلاح أو ما جرى مجرى السلاح كالحد من الخشب وأبطة القصب والمرءة المحددة والنار)

القتل بسبب ليس بتمام لان ما لا يكون جاريا مجرى الخطأ لا يلزم أن يكون القتل بسبب البتة بل يجوز أن يكون القتل بخطأ محض أيضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه وذلك أن أقادس منقر ينافو جدها ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة أحد هؤلاء الأوجه المذكورة ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركا كته ظاهرا من غير تفصيل وبيان (قوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام) قال بجهور الشراح انما قيد به لان أنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم وتطير هذا ما قاله محمد في كتاب الايمان والايمان ثلاثة ولم يرد به جنس الايمان لانها أكثر من ثلاثة يمين بالله ويمين بالطلاق ويمين بالعناق والحج والعمرة وانما أراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى أقول فيما فالتوا انظر اذا الظاهر أن شيئا من أنواع القتل لا يخرج من الأوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الأوجه فان ما ذكره من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا أو رجما أو قطع الطريق يكون قتل عمدان نعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح أو ما جرى مجرى السلاح ويكون شبه عمدان نعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما جرى مجرى السلاح ويكون خطأ أن لم يكن بطريق التعديل كان بطريق الخطأ الى غير ذلك من الأوجه المذكورة وانما تكون تلك الأنواع المباحة من القتل خارجة من الاحكام المذكورة لهذه الأوجه الخمسة لان نفس هذه الأوجه الخمسة فلامعنى للقول بأن أنواع القتل أكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الأنواع من الاحكام المذكورة للأوجه الخمسة للقتل لان أنفس هذه الأوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطا بشروط ألا يرى أنهم جعلوا وجوب القود من أحكام القتل العمدة مع أن له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغالا لا يجب القود على المجنون والصبي أصلا ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الأب ولده عمد لا يجب عليه القصاص وكذلك لو قتل الام ولدها وكذلك الجد والجدنة ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا المرتد لعدم العصمة أصلا ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كله في عامة المعبريات فكذا كون القتل بغير حق شرطا لترتب كل من الاحكام المذكورة للأوجه الخمسة من القتل وليس شيء مما ذكره من الأنواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها باحقيق قد خولها في نفس أوجه القتل دون الاحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون القتل معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يتقدح في شيء فالأظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنائيات انما هو أحوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنائيات ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل وإن كان الأوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك (قوله فالعمد ما عمد ضربه بسلاح أو ما جرى مجرى السلاح) قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه أي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى أقول يرد عليه النقض بمسألة ذكرت في المحيط نقلا عن المنتقى وهي أنه اذا عمد أن يضرب يدرج خطأ فأصاب دون النفس (قال المصنف والنار) أقول ينبغي أن يكون من قبيل علمتها بتبنا وما باردا اذا الواقع في صورة النار هو الالتصاف فيها بالضرب بها

لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القائلة فكان متعمدا فيه عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآبية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة

عنق ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان أصاب عنق غيره فهو خطأ وجه الورد أنه لم يتمد في الصورة الاولى ضرب المقتول بل تعدى ضرب يده مع أنه جعل ضرب به القتل العمد وأجرى عليه حكم قتل النفس وهو القود تامل (قوله لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القائلة فكان متعمدا فيه عند ذلك) أقول فيه بحث وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما اذا استعمل الآلة القائلة في القتل الخطا كما اذرى شخصاً بسهم أو ضرب به بسيف يظنه صيدا فإذا هو آدمي أو يظنه حراً فإذا هو مسلم وهذا من نوع الخطا في القصد وكما اذرى غرضاً بالآلة قائلة فأصاب آدمياً وهذا من نوع الخطا في الفعل فان استعمال الآلة القائلة الذي جعل دليله على القصد قد تحقق هناك أيضاً مع أنه ليس بعد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه فاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القائلة في التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لاستعمالها مطلقاً ففيما اذرى غرضاً فأصاب آدمياً يمكن استعمالها لضرب الآدمي بل كان لغرض آخر قلت هذا التأويل انما يفيد في نوع الخطا في الفعل دون نوع الخطا في القصد فان استعمالها فيه أيضاً لضرب المقتول لكن الخطا في وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمي لاستعمالها لضربه مطلقاً وفي نوع الخطا في القصد لم تتحقق الحيثية المذكورة فأت كون الاستعمال من هذه الحيثية أمراً مضمراً راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي لم يذكر في التعليل المزبور ثم انه لو كان مدار كون القتل عمداً مجرد استعمال الآلة القائلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من أصحاب المتن القتل العمد ضرب به قصداً بما يفرق الاجزاء كسلاح ومعدن من خشب أو حجر أو ليطه أو نار وجهه اذ يلزم اذ ذلك أن يكون قيد قصداً اذا نابل لغو العدم الوقوف عليه بالغرض الا باستعمال الآلة القائلة وهو ضرب به بما يفرق الاجزاء فيكون ذلك كره بل لما كان لقيد تعدد في الكتاب أضاف قوله فالعمد ما تعدد ضرب به وجهه بل كان ينبغي أن يقال فالعمد ما ضرب به بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح فتدبر (قوله وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها الآبية) أقول لقائل أن يقول الدليل خاص والمدعى عام لان إيجاب القتل العمد لما ثم والقود نعم المسلم والذي لم يسيح من أن المسلم بقاد بالذمى عندنا ولا شك أن وجوب القود لا ينقل عن لزوم المأثم والآبية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا أن يقال الآبية المذكورة وان أفادت المأثم في قتل المؤمن عمداً فقط بعبارتها الا أنها تفيد المأثم في قتل الذي عمداً أيضاً بدلالة البناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذي نظر الى التكليف أو الدار كإساقى تفصيله فان قيل بقي خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وان ارتكب كبيرة ولم يبق فالظاهر أن المراد بمن يقتل في الآبية المذكورة هو المستحل بدلالة خالداً فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجاً عن مدلول الآبية فلنا لا نسلم ظهور كون المراد بمن يقتل في الآبية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير فلا ينافي التعميم مذهب أهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير أيضاً فالآبية دالة على عظم تلك الجناية وتحقق المأثم في قتل المؤمن عمداً بدون الاستحلال أيضاً

وقوله (وقد نطق به غير واحد من السنة) منها ما قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعرفات ألا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومى هذا في شهري هذا في مقامى هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم

(قال المصنف وموجب ذلك المأثم) أقول قال الاتقاني قال قاضيان في فتاواه وفي ظاهراً الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وقال في الاجناس ذكر في الشروط الكبير لابي جعفر الطحاوي انه لا قصاص في العمود من الحديد لانه لا يجرحه انتهى وسيجي من المصنف في الباب الذي يليه أن الاصح رواية الطحاوي (قال المصنف لقوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً الآبية) أقول لا يقال ذلك في المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية لانه لو لم يكن حراماً لم يكن حال مستحله كذلك والحرام موجب المأثم

وقوله (والقود) يعنى القصاص معطوف على قوله المأثم أى موجب القتل العمد الاثم فى الآخرة والقصاص فى الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر الآية وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطا لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أى موجب وموجب الحديث مشهور ولان الجناية بها أى بالعمدية تتكامل وقوله (لا شرع لها دون ذلك) أى لا شرعية للعقوبة المنتهية بدون العمدية وتقرير حجة أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل وقوله (والعقوبة المنتهية الخ) حجة أخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المنتهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر وقوله (ثم هو) يعنى القود وقوله (وهذا لانه تعين مدفع الهلاك) يعنى لان القاتل فى الامتناع من أداء الدية بعدما استحققت نفسه قصاصا يسفه ويلقى نفسه فى التهلكة فيجبر عليه ويمنع عنه شرعا (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر فى الخطا الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطا وهو العمد ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه الا لما لم الزيادة على النص بالرأى ووجه التمسك بالسنة أن الالف (٢٤٧) واللام فى قوله العمد قود للجنس اذ لا

معهود ينصرف اليه فقيه تنصبص على أن حكم جنس العمد ذلك فمن عدل عنه الى غيره زاد على النص أثر ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله العمد قود لآمال فيسه الى ذلك

قال (والقود) لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الآية تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أى موجب ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المنتهية لا شرع لها دون ذلك قال (الآن يعنى الاولياء أو يضافوا) لان الحق لهم ثم هو واجب علينا وليس للولى أخذ الدية الا برضا القاتل وهو أحد قولى الشافعى الآن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفع الهلاك فيجوز بدون رضاه وفى قول الواجب أحدهما لا يعينه ويتعين باختياره لان حق العمد شرع جابر وفى كل واحد نوع جبر فيتحير ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة والامال الزم من استحلاله الخلود فى النار (قوله والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الآية تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أى موجب) يعنى أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أينما يوجد القتل ولا يفصل بين العمد والخطا الآية تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذى تلقته الامة بالقبول وهو قوله عليه السلام العمد قود أى موجب قود كذا فى الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقيد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه لاننا نقول لولم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون له كراهة لفظ العمد فائدة انتهى أقول سؤاله ظاهر الورود ينبغي أن يحظر ببال كل ذى فطرة سليمة ولكن لم أر أحدا سواه حاكم حول ذكره وأما جوابه فنظور فيه عندى لجواز أن يكون سئل النبي عليه السلام عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصارت قوله عليه السلام العمد قود جوبا عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقيد كتاب الله تعالى بالحديث المذكور فتذكر (قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المنتهية لا شرع لها دون ذلك) أقول جعل صاحب العناية قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة وجهه لانه قوله والعقوبة المنتهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى فقال فى تقريره الاولى وتقرير حجة أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما كان يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل

(قال المصنف والقود) أقول بفتح الواو أى القصاص ويسمى قود لانهم يقولون الجاني بجمل أو غيره قاله الأزهري (قوله لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه بحث فان الاطلاق والتقييد اذا دخل على السبب نحو أدوا صدقة الفطر عن كل حر وعبد وأدوا عن كل حر وعبد من المؤمنين لم يحمل المطلق على المقيد عندنا بل يجب

العمل بكل منهما اذ لا تنافى فى الاسباب على ما فصل فى كتب الاصول فكيف يتقيد القتل المذكور فى الآية بوصف العمدية بالحديث ولعل الاولى أن يقال غير العمد من القتل قاصر فى كونه قتلانا فلا يتناول المطلق لانه ينصرف الى الكامل وموضعه الاصول أيضا (قوله والعقوبة المنتهية حجة أخرى) أقول فيه بحث (قال المصنف الآن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل) أقول يجوز العدول الى المال من غير مرضاة القاتل مراعاة لحق من له القصاص عندنا أيضا كما ذكره صاحب الكفاية فى مسألة قتل المكاتب الذى لم يترك وفاءه فى الباب الذى بلى هذا ولا يرد نقضا علمنا ما نشير الى دفع ذلك النقض فيما سيجى فى باب ما يوجب القصاص فى مسألة قتل المكاتب (قال المصنف ولنا ما تلونا من الكتاب من قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى) أقول قال القاضى فى تفسيره احتج الحنفية به على أن مقتضى العمد القود وحده وهو ضعيف اذ الواجب على التخبير بصدق عليه أنه واجب وكتب ولذلك قيل التخبير بين الواجب وغيره ليس نعتا لوجوبه انتهى والمذهب عند الحنفية أنه نسخ وموضع بيانه أصول الفقه

ووجه المعقول أن المال لا يصلح موجبا في القتل لعدم المماثلة لأن الأذى ما لا يقتل بمقتل المال بل لو كان مقتل المال يقتل الإنسان بخلاف
القصاص فإنه يصلح موجبا للتماتل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الأحياء زجر الغير عن وقوعه فيه وجبر الورثة فيتعين فإن قيل
فكيف صلح موجبا في الخطأ والفائت فيه مثل الفائت في العمد أجاب بقوله وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار
فإنه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لم يجب المال والأذى مكرّم لا يجب إهدار دمه على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس
والعبد ليس في معناه حتى يلحق به وقوله (ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال) جواب عن قوله لأنه تعين مدفعاً للهلاك وذلك
لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قبل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأجيب بأن في الصلح
المرضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعرض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا
أخذوا الدية وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الأولياء بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بواحد والقياس
لا يقتضيه فكان معنى النظر للولي (٣٤٨) وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض

الكتاب والسنة المشهورة
على ما ذكرنا وأن القصاص
لمعنى النظر للولي على وجه
خاص وهو الانتقام وتشفي
الصدور فإنه شرع زجرا
عما كان عليه أهل الجاهلية
من إفناء قبيلة بواحد لا أنهم
كانوا يأخذون أموالا كثيرة
عند قتل واحد منهم بل
القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه

ولأن المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماتل وفيه مصلحة الأحياء زجر الأوجر فاستعين
وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا
يتعين مدفعاً للهلاك
وقال في تقرير الأخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية
وذلك ظاهر انتهى أقول ليس ذلك بسد لان صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية
موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية إذ لو كانت باقية على إطلاقها لتناول العمد
وشبهه والخطأ فلزم أن يكون القصاص الذي هو عقوبة كاملة مشروعا دون العمدية أيضا بمقتضى
الإطلاقها وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى ههنا فعلى تقدير أن يكون قوله والعقوبة
المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى يلزم المصادرة على المطالب وأيضا يلزم حينئذ أن لا يفيد
المدعى ما جعله حجة أولى لأن نتيجة ما على مقتضى تقريره أن العمدية كانت حكمة الزجر عليها أكل
ولا يلزم منها أن لا تحقق حكمة الزجر في غير العمد أصلا فيجوز أن يجب القصاص في غير العمد أيضا
زجر عنه فلا يلزم المطالب فالصواب أن قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تمة ما قبله
والجموع حجة واحدة وإن لفظ ذلك في قوله لا شرع لها دون ذلك إشارة إلى تكامل الجنابة كما ذهب
إليه كثير من الشراح أو إلى توفر حكمة الزجر كما هو الظاهر والاقرب إلى العمدية كما زعمه صاحب
الغناية فيفيد مجموع المقدمات أن القود الذي هو عقوبة متناهية لا يجب في غير العمد كما لا يخفى على
ذي مسكة ثم أقول بقي في كلام المصنف ههنا شيء وهو أنه قد تقررت في كتب الأصول أن مرجع الأدلة
العقلية المذكورة في علم الفقه بأسرها إلى القياس وهذا صحيح والنحوار الأدلة الشرعية في أربعة
وهي الكتاب والسنة وإجماع الأمة والقياس فقول المصنف ههنا ولأن الجنابة بها تكامل الخ
راجع إلى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لا إطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما
عرف في علم الأصول فليتأمل (قوله ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعاً للهلاك)

أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه) أقول ضمير رضاه راجع إلى الولي (قوله قبل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا ولا
وقد جاز) أقول جواز الصلح عن دم العمدية بالنص كما تقدم في كتاب الصلح مع أن ما ذكره كلام على السند بما لا يفيد شيئا (قوله وأجيب بأن
في الصلح المرضاة والقتل بعده ظاهر العدم) أقول فيه بحث لأن رضا القاتل لا يفيد ورضا الولي موجود في محل النزاع والاولى أن يكتبني في
الجواب بقوله إن في الصلح المرضاة إذ لا مانع من الأخذ فيه بعدما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه (قوله والجواب أن الحديث خبر
واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا) أقول على أنه يجوز أن يكون المراد ثبوت الخيار عند إعطاء القاتل الدية
وتخييره لا ينافي رضا الآخر في غير الواجب وهذا كما يقال للدائن خذ دينك إن شئت دراهم وإن شئت دنائير وإن شئت عرضا ومعلوم
أنه لا يأخذ غير حقه إلا برضا المدين كذا في شرح الزيلعي وإنما لم يلتفت الشارح لهذا الجواب لأنه لا يرد عليه لزوم عدم تعين
القصاص لموجبة العمد حيث خبر الولي بين القتل وأخذ الدية غايته أن يكون أخذ الدية برضا القاتل وعدم إفادته الشافي لا يفيدنا
فإن مطالبنا تعين القصاص لموجبيته تأمل (قوله فإنه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية) أقول فيه بحث

ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب لان الحاجة الى التكفير في العمد أمس منها اليه في الخطأ فكان أدعى الى إيجابها ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمنه

يعني لا يتيقن بعدم قصد الولي لقتل القاتل بعدما أخذ الدية لجواز أن يأخذها الولي من القاتل بدون رضاه ثم يقتله وهذا جواب عن قول الشافعي لأنه تعين مدفعا للهلاك كذا في الشروح أقول للنصم أن يقول لاشك أنه يتعين مدفعا للهلاك شرعا فان القاتل يصير محقون الدم بعده حتى لو قتل الولي بعده يقتص منه وكونه مدفعا للهلاك شرعا يكفي لأخذ الدية من القاتل بدون رضاه اذا الظاهر أن القاتل لا يختار الهلاك المقرر عند تحقق الخلاص عنه شرعا بأداء المال بمجرد احتمال الهلاك عقلا بعد أداء ذلك أيضا فلو اختاره القاتل وامتنع عن أداء المال بعد ذلك سقها والقاء لنفسه في التهلكة فينبغي أن يحجر عليه ثم أقول لعل الأولى في الجواب عن قول الشافعي لأنه تعين مدفعا للهلاك أن يقال هذا تعديل في مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقرر في علم الأصول قال في العناية أخذا من النهاية قيل هذا الوهم موجود فبما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأجيب بأن في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث لأن رضا القاتل لا يفيده ورضا الولي موجود في محل النزاع والأولى أن يكتفى في الجواب بقوله إن في الصلح المراضاة إذا مانع من الأخذ فيه بعدما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه انتهى أقول بحسنه ساقط لأن قوله لأن رضا القاتل لا يفيده غير مسلم فإن رضاه إذا اجتمع مع رضا الولي يفيده أمر إذا تداعى رضا الولي وحده فان التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة وعن هذا قال الله تبارك وتعالى والصلح خير بخلاف رضا الولي وحده فان الإنسان كثيرا ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل بعده ظاهر العدم وقد كان صاحب النهاية أشار الى ما قلنا حيث قال في بسط الجواب المذكور قلت لا كذلك لأنهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفع الان التراضي والتصالح تأثير في دفع الشر قال الله تعالى والصلح خير ولما ورد الخبر انتهى الشر لا محالة للتضاد بينهما انتهى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام من قتل له قتيلا فاهله بين خيرتين إن أحبوا اقتسما ولو أن أحبوا أخذوا الدية وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الأولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل الواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر الولي وذلك بمكنه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى النظر الولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية من افناء قبيلة واحد لا لانهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل وأهله لو بذلوا ما لم يكوه وأمثاله ماضى به أولياء المقتول فكان إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضيق حكمه القصاص انتهى أقول فيه نظر إذا الخصم أن يقول أنما يكون إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضيق حكمه القصاص أن لو كان إيجابه في مقابلته على وجه التعيين وأما إذا كان ذلك لا على وجه التعيين بل على وجه تخيير الولي بين أخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضيق حكمه القصاص إذ الولي حينئذ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص فاذا لم يختره بل اختار المال كان تاركالا انتقام باختياره فكان كما إذا عفا أو صالح في إسقاط ما قدر عليه من حقه (قوله ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمنه) قال تاج الشريعة فان قلت بشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا يجب فيه الكفارة قلت هو جنابة على المحل ولهذا واشترك حلالان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ولو كان جنابة الفعل لوجب جزاءان والجنابة على المحل يستوى فيه العمد والخطأ انتهى أقول في الجواب بحث أما أولا فلانه لا يدفع السؤال المذكور لان مورد مضمون الدليل المزبور وهو أن الكفارة لا تناط بمأه

وأمثاله ماضى به أولياء المقتول فكان إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضيق حكمه القصاص وإذا ثبت أن الأصل هو القصاص لم يجز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل أن يعفو أحد الأولياء فانه تعذر الاستيفاء حينئذ وأن يكون محل القصاص ناقصا بان تكون يد قاطع اليد أقل أصعبا وأمثال ذلك وقوله (ولا كفارة فيه عندنا) أى في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص أو لم يجب كالأب إذا قتل ابنه عمد او عند الشافعي رحمه الله يجب لان الحاجة الى التكفير في العمد أمس منها اليه في الخطأ لانها الستر الذنب والذنب في العمد أعظم (ولنا أنه كبيرة محضة) وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضع أصول الفقه

وقوله (ولان الكفارة) جواب عن قياس الشافعي وهو واضح فان قيل هب أن القياس لا يصح فليحقق دلالة لانهم ما ملان في المناط وهو الستر ولا معتبر اصفة العمدية كالحرم اذا قتل الصيد عند افاته كقتله خطأ فأجاب أن الماتلة متنوعة فان ذنب العمد ما لا يستبره العدم صلاحيته لعلتها كما مر فان قيل قد دل (٣٥٠) الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع أئنا رسول الله صلى

الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال أعقوه وأغنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار وإيجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لان السلم لجواز أن يكون استوجبها بشبهه العمد كالقتل بالجحر أو العاص الكبيرين سلمناه لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالد فيها فان الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلاف قال (وشبهه العمد عند أبي حنيفة الخ) اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل فقال أبو حنيفة رحمه الله شبه العمد هو أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجرى مجراه سواء كان الهلاك به غالبا كالجحر والعاص الكبيرين ومدة القصار أو لم يكن كالعصا الصغيرة وقالوا هو أن يتعمد الضرب بما لا يصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة اذا لم يوال في الضربات فأما اذا ولى فيها فقبل شبهه عند عندهما وقيل عدم محض فالأ

ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها الدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال (وشبهه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح) وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي اذا ضرب به بحجر عظيم أو خشبة عظيمة فهو عمد وشبهه العمد أن يتعمد ضرب به آلة قتله به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لانه يقتل به ما غير كالنأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود

كبيرة محضة لأصل المدعى وهو انه لا كفارة في القتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشكل الدليل المزبور به سواء كان جنابة الفعل أو جنابة المحل وكون الجنابة على المحل يستوي فيمسه العمد والخطأ انما يفيد لو أورد السؤال على أصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حينئذ بأن ما قلناه في جنابة الفعل دون جنابة المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى وأما ثانيا فلانه قد تقر في كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لاجزاء المحل أصلا فلو كان قتل صيد الحرم جنابة على المحل لاجنابة الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لاجزاء المحل أصلا (قوله ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يدل على تعيين الدفع الاعلى) هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ يعني أن تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنى وهو الخطأ لا يدل على تعيين الدفع الاعلى وهو العمد فان كرم من شيء يتحمل الادنى للقدرة عليه ولا يتحمل الاعلى للجحز عنه كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية فان قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع قال أئنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال أعقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار وإيجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لان السلم لجواز أن يكون استوجبها بشبهه العمد كالقتل بالجحر أو العاص الكبيرين سلمناه لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالد فيها فان الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلاف انتهى أقول للخصم أن يقول هذا مشترك الالتزام اذا قصاص واجب في القتل العمد بالاجاع فلو اقتضى الفاء أن يكون المذكور بعد هذا كل الجزاء لزم أن يكون القصاص أضامذ كور في الجزاء مع أنه لم يذ كرفيه وان جعل الجزاء المذكور في الآية على الجزاء الاخرى فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف وقيل القصاص جزاء دينوى فلهذا لم يذ كر بعد الفاء فليكن الامر كذلك في شأن الكفارة ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بوجهين أحدهما أن وجوب القصاص عرف بآية أخرى وهى قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فان دلت اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالد فيها على أن القصاص ليس من جزاء القتل العمد كالكفارة بمقتضى كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقر في علم الاصول أن عبارة النص ترجح على اشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى

سمى هذا النوع شبه العمد لا قصاص معنى العمد فيه والا لكان عمدا واقتصاره انما يتصور في استعمال آلة لا يقتل به غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعمالها غير القتل كالنأديب ونحوه لاني استعمال آلة لا تلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل (قوله قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الخ) أقول ذكر في الكتب الكلامية أن المراد هو المستحل لان المؤمن بارتكاب الكبيرة لا يحل في النار ولأن أن تقول أريد بالخلود المسكت الطويل والله تعالى أعلم بمراده

ولابى حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم ألا إن قتيلا خطا العمد قتل السوط (٣٥١) والعصا وفيه مائة من الابل رواه النعمان

ابن بشير رضي الله عنه
ووجه الاستدلال أنه عليه
الصلاة والسلام جعل قتل
السوط والعصا مطلقا شبه
عمد فتخصمه به بالصغيرة
ابطال للاطلاق وهو لا يجوز
ولان العصا الكبيرة والصغيرة
تساويا في كونها ما غير
موضوعتين للقتل ولا
مستعملتين له اذ لا يمكن
الاستعمال على غرة من
المقصود قتله وبالاستعمال
على غرة يحصل القتل غالبا
واذا تساويا والقتل
بالعصا الصغيرة شبه عمد
فكذا بالكبيرة وقوله
(وموجب ذلك) أي موجب
شبه العمد على القولين
يعنى قول أبى حنيفة
وقولهما (الاثم) لانه قتل وهو
قاصد في الضرب على ما مر
من تفسيره (والكفارة لشبهه
بالخطا والدية مغالطة على
العاقلة)

(قال المصنف وله قوله عليه
الصلاة والسلام ألا إن قتيلا
خطا العمد قتل السوط
والعصا الحديث) أقول
قال ابن العز الحديث حجة
عليه لانه فان العصا لا يطلق
الاعلى مالا يقتل غالبا ولا
تسمى الخشبة الكبيرة
عصا بل جذعا واسطوانة
ونحوهما وعملها فوق عمل
العصا فلا يلحق به انتهى
وجوابه أن العصا الكبيرة
إذا ضرب بها عمد عندهما

وله قوله عليه السلام ألا إن قتيلا خطا العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الالة غير
موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا
فقصرت العمد نظرا الى الالة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال (وموجب ذلك
على القولين الاثم) لانه قتل وهو قاصد في الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطا (والدية مغالطة على العاقلة)
وثانيهما أن القصاص جزاء المثل من وجهه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب
الاصول وأما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجه على ما نقرر في كتب الاصول أيضا والظاهر من
الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم خالدا فيها هو جزاء فعله من
كل الوجه فلا يلزم أن يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة ولو أوجبناها وقال صاحب
النهاية ومعراج الدرية ههنا نقتل عن البسوط والاسرار ولا وجه للمثل الالة على المستحل لان
المذكور في الالة جزاء القتل العمد واذا حل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة
الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا وأما ما قيل الخلود فعلى معنى أنه لو عامله بعدله
أو على معنى تطويل المدة مجازا يقال خلد فلان في السجن اذا طالت المدة انتهى أقول ليس شئ من
ذلك الدليلين المسوقين لعدم وجه حمل الالة المذكورة على المستحل بمستقيم أما الاول منه ما قلنا
كون المذكور في الالة جزاء قتل العمد لا ينافيه كونه جزاء الردة أيضا على تقدير جعلها على
المستحل اذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال
والعمد بالله ولا شك أن القتل بهذا الطريق مستلزم للردة ففي الالة اذ ذلك بيان جزاء الردة التي
سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمنا متعمدا دون من يرتد عن دين الاسلام فائدة
التنبيه على سمية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد الذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى
لطيف لا يخفى وأما الثاني منه ما قلنا أنه لا يلزم من حمل الالة المذبذبة على المستحل زيادة الاستحلال على
الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول نفس الشرط المنصوص بأن يكون المراد من
متعمدا معنى مستحلا مجازا بقرينة ذكر الخلود في الجزاء كما أن أعتنا جملوا متعمدا على هذا المعنى في قول
النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر وبأن يكون معنى من يقتل مؤمنا من يقتله
لكونه مؤمنا كما ذكر العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد فيكون مداره على قاعدة أن ترتيب الحكم
على المشتق يقتضي عليه المأخذ ولا شك أن قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضي استحلال قتله فيحصل
الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ أصلا والعجب من هؤلاء الاجلاء وهم أصحاب
البسوط والاسرار والنهاية ومعراج الدرية أنه كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضي البيضاوي في
تفسير الالة المذكورة وهو عندنا ما مخصوص بالمستحل كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده أنه نزل في
مقيس بن حبابه وجد أخاه هشما قتيلا في بني النجار ولم يظهر قاتله فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
أن يدفعوا اليه دينه فدفعوا ثم جعل على مسلم فقتله ورجع الى مكة مرتدا أو المراد بالخلود المكث
الطويل فان الدلائل متظاهرة على أن عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى هنا لفظ القاضي (قوله
وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطا) أقول الظاهر
المتبادر من قوله لشبهه بالخطا قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطا أو الخلق
وجوبها في شبه العمد لدلالة وجوبها في الخطا وأما ما كان رد عليه أن يقال ان تعيين الدفع الذنب الادنى
في الشرع لا يعين الدفع الذنب الاعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد
على وجوبها في الخطا اذ لا شك أن شبه العمد أيضا أعلى ذنبا من الخطا المحض فان الجاني في الاول قاصد
في الضرب بخلاف الثاني وعن هذا قالوا في الاول وموجبه المأثم وفي الثاني ولا اثم فيه فالاولى في
بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال والكفارة لانه خطأ نظرا

(قال المصنف والكفارة لشبهه بالخطا) أقول وفيه أن تعيين الدفع الادنى لا يعين الدفع الاعلى كما سبق أنفا

(والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة) احتريز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد أو عمه أو عن إقرار القاتل بالقتل خطأ وقد كان قتله عمدا فإن في هذه الصورة تجب الدية على القاتل في ماله وقوله (القضية عمر رضي الله عنه) يعني (٣٥٣) ما روى عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين والمرى عنه كالمروى عن رسول الله صلى

الله عليه وسلم لأنه مما لا يعرف بالرأي وقوله (فالخجة عليه ما أسلفناه) قيل أراد قوله صلى الله عليه وسلم الآن قتل خطأ الحمد قتل السوط والعصا الحديث ولكن المعهود من المصنف رحمه الله في مثله أن يقول ما رويناه والحق أن يقال انما قال أسلفنا نظرا إلى الحديث والمعنى المعقول قال (والخطأ على نوعين) انما المحصر الخطأ في نوعين لأن الرمي إلى شيء مثله مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمي فان اتصل الخطأ بالاول فهو الاول وان اتصل بالثاني فهو الثاني وقوله (لما بيناه) إشارة إلى قوله وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه

(قال المصنف والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول الاصل في وجوب الدية على العاقلة حديث جل بن مالك على ماسأني في المعاقلة والقتل فيه كان شبه عمدا وفي معراج الدرانية روى الطحاوي عن مغيرة بن شعبه أن امرأتين ضربت احدهما الاخرى بعجود فسطاط فقتني عليه الصلاة والسلام عليهما

والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغالطة وسنين صفة التعليل من بعد ان شاء الله تعالى (ويعلق به حرمان الميراث) لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك وان أنكر معرفة شبه العمد فالخجة عليه ما أسلفناه قال (والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا ينظنه صيدا فاذا هو آدمي أو ينظنه حرييا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا أو موجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى فتمحير برقة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله الآية وهي على عاقلة في ثلاث سنين لما بيناه

إلى الآية فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتمحير برقة مؤمنة الآية انتهى (قوله والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول مدلول قوله اعتبارا بالخطأ أن يكون الاصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ وأن يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطأ وليس ذلك بواضح إذ المصنف قال في أوائل كتاب المعاقلة والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث جل بن مالك رضي الله عنه لا أولياء قوم وفادوه انتهى وقد كانت الجناية في حديث جل بن مالك شبه عمدا لخطأ فان نقصه على ما ذكره الشراح فاطبة في فصل الجنين من كتاب الديات أنه روى عن جل بن مالك قال كنت بين ضربتين فضربت احدهما الاخرى بعجود فسطاط أو بسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاختمتم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا أولياء الضاربة دونه فقال أخوها أئدي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا كل ودم مثله بطل فقال عليه السلام أمسج كسجج الكهمان وفي رواية دعني وأرجيز العرب قوم وفادوه وهكذا ذكر في المسوط أيضا ولا ريب أن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكرنا في تفصيل ذلك في الحديث انما كان بجناية شبه العمد دون الخطأ فكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس وكان الاصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فأنامل (قوله ومالك رحمه الله تعالى وان أنكر معرفة شبه العمد فالخجة عليه ما أسلفناه) قال جهور الشراح أراد به قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ الحمد قتل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف في مثله أن يقول ما رويناه وقال والحق أن يقال انما قال أسلفناه نظرا إلى الحديث والمعنى المعقول انتهى أقول فيه كلام وهو أن حاصل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة في كونها غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له ومالك مكر كون القتل بالعصا الصغيرة أيضا شبه عمدا فانه قال لا أدري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما في سائر الاعمال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور جنة عليه (قوله والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا ينظنه صيدا فاذا هو آدمي أو ينظنه حرييا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا) أقول في عبارة الكتاب ههنا تسامح فانه قال في تفسير الخطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا ينظنه صيدا الخ وقال في تفسير الخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى أن كل واحد من نوعي الخطأ غير مختص بماد كره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزمياته فكان أخص منه جدا في يصلح لأن يكون تفسيره فكان الظاهر أن يقال في كل واحد منهما وهو نحو أن يرمى أو هو كأن يرمى إشارة إلى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ قصدا

بالدية على عصبية العاقلة متفق عليه وهو حديث جل بن مالك في القرعة كما يجي ما انتهى فكيف يقياس بالخطأ (قوله وقد كان قتله عمدا) أقول بأن ظهر ذلك بعد أخذ الدية مثلا (قال المصنف والشبهة تؤثر في ثبوت القصاص دون حرمان الميراث) أقول صرح المصنف في آخر الكتاب أن القصاص يجوز أن يثبت مع الشبهة فلا بد من التلقيق (ولا

ولا اثم فيه في الوجهين) أى النوعين لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ الحديث وقوله (ويحرم عن الميراث لأن فيه انما) بدليل وجوب الكفارة والحرمان يجب بأنواع القتل فيما هو جنائية قيل على المورث تضمنت تهمة الاستحجال على الميراث وهذا كذلك لا احتمال أنه قصده إلا أنه أظهر الخطأ من نفسه وقد ذكرنا ذلك في شرح الرسالة ومختصر الضوء في الفرائض (٣٥٣) مستوفى بتأييد الله تعالى وقوله

(بختلاف ما إذا عمد) متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية وصورة ذلك رجل تعمداً أن يضرب بـ رجل فأخطأ فأصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود ولو أراد بـ رجل فأصاب عنق غيره وأبأنه فهو خطأ وما جرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لأن النائم لا يوصف فعلة بالعمد ولا بالخطأ إلا أنه كالخطأ في الأحكام

(ولا اثم فيه) يعنى في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فأما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (ويحرم عن الميراث) لأن فيه انما يصح تعليق الحرمان به بخلاف ما إذا عمد بالضرب موضعاً من جسده فأخطأ فأصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه وجميع البدن للحمل الواحد قال (وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله حكمه حكم الخطأ في الشرع وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه أدى الدية على العاقلة) لأنه سبب التلف وهو متعد فيه فأزول موقعاً فاعا فوجبت الدية (ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث) وقال الشافعي يلحق بالخطأ في أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلاً ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به في حق الضمان في حق غيره على الأصل وهو أن كان بأثم بالخفري غير ملكه لا بأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه (وما يكون شبه عمدي في النفس فهو عمد فيما سواها) لأن اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة

كرميته مسلماً ظنه صيداً أو حرياً أو فعلاً كرميه غرضاً فأصاب آدمياً انتهى ثم إن صدر الشريعة قال في شرح الوقاية الخطأ ضربان خطأ في القصد وخطأ في الفعل فالخطأ في الفعل أن يقصد فعله لا قصده منه فعل آخر كما إذا رمى الغرض فأخطأ فأصاب غيره والخطأ في القصد أن لا يكون الخطأ في الفعل وانما يكون الخطأ في قصده فانه قصد بهذا الفعل حرياً لكن أخطأ في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الإصلاح والابضاح حيث قال من قال الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فمكأنه زعم أنه شرط في الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك فانه إذا رمى غرضاً فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه إلى ما وراءه فأصاب رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل والشرط المذكور مفقود في صورتين ثم انه أخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه إذا سقط من يده خشبة أولبته فقتل رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل ولا قصد فيه انتهى أقول كل من وجهي رده ساقط جداً أما الأول فلأن صدر الشريعة لم يشترط في الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل قال فالخطأ في الفعل أن يقصد فعلاً فصدر عنه فعل آخر وهذا أعم من أن يصدر عنه الفعل الذي قصده كما صدر عنه فعل آخر ومن أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده مثال الأول ما ذكره الراد من صورتين ومثال الثاني وهو ألا كثر وقوعاً ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما إذا رمى الغرض فأخطأ بل يجوز أن يكون قوله كما إذا رمى الغرض فأخطأ عاماً كصورتي صدور ما قصده أيضاً وعدم صدوره كالاختصاص على ذي فطانة وأما الثاني فلأن تحقق الخطأ في الفعل في صورة أن سقط من يده خشبة أولبته فقتل رجلاً ممنوع بل المتحقق هناك ما أجرى مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لأن نفس الخطأ لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره وفي صورة أن سقط من يده شيء فقتل رجلاً لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بقلعه لا باختياره فصار لا محالة من قبيل ما أجرى مجرى الخطأ والكلام هنا في نفس الخطأ لا فيما أجرى مجرى الخطأ فانه قسم آخر من الأقسام الخمسة للجنائية سأتى ذكره مستقلاً فيما بعد (قوله ولا اثم فيه يعنى في الوجهين) أقول كان الأولى للمصنف أن يقول يعنى في كل واحد من الوجهين إذ يحصل حينئذ إصلاح أفراد الضمير أيضاً

يعنى ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد وخطأ) لأن اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة فان اتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح وما جرى مجراه وأما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به الأثرى أن فوق العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة (قال المصنف لأن فيه انما يصح تعليق الحرمان به) أقول الاظهر أن يقول لانه قاتل ولا تفجر وجود الاثم لا يوجد الحرمان فلا بد من نوع تكلف يعرف من الكفاية

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملة العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد الخ) هذه صابغة كنية لمعرفة من يجب له القصاص وحقق الدم منه ان يسفك وقوله (على التأبيد) احتراز عن المستأمن فان في دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للساواة المنبئ عنها القصاص ولا بد من صفة العمدية لما يثبت من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ومن ان الجناية بهم اتسكامل وفيه بحث من أوجه الاول ان العفو مندوب اليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب الثاني ان حقن الدم على التأبيد غير متصور لان أنهي ما يمتنع منه ان يكون للمسلم في دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى الثالث انها مقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم فانها موجودة فيه ولا قصاص الرابع ان قيد التأبيد لثبوت المساواة واذا قتل المستأمن مسلما يوجب القصاص ولا مساواة بينهما والجواب عن الاول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثاني (٣٥٤) ان المراد بالحقن على التأبيد ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا) أما العمدية فلما يبينها وأما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الاباحة وتحقق المساواة قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد) للعمومات وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه الآية أن لا يقتل حر بعبد ولان مبني القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهم ما يستويان وبخلاف العبد بغيره

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة (قوله أما العمدية فلما يبينها) من قوله عليه السلام العمد قود ومن ان الجناية بهم اتسكامل كذا في العناية وغاية البيان وقال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا اه أقول فيه نظرا لان قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى انما يدل على وجوب القصاص في القتل وأما كون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا تدل عليه الآية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام العمد قود والدليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقال الا انه تقييد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجهه ولأن الجناية بها

لا معتبر به ورجوع الحر الى داره أصل لا عارض وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه انقلب مالا لشبهة الآية وعن الرابع بان التفاوت الى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ذكر قول الشافعي رحمه الله ووجهه وهو واضح

تسكامل

العمد قود ذكر قول الشافعي رحمه الله ووجهه وهو واضح

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

(قوله لما يثبت من قوله عليه الصلاة والسلام) أقول ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا (قوله والجواب عن الاول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو) أقول لا يخفى أن ما ذكره مجازي لا ينبغي ارتكابه بالضرورة ولا ضرورة ان يجوز أن يقال انه واجب على الأئمة لا يحل لهم أن يتركوه اذا أرادوا لى الدم الاستيفاء أو يقال هو واجب على القاتل اذا لم يسلم نفسه عند مطالبة الولي بالقصاص يأثم وقد فسره هذين الوجهين قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص الآية (قوله ما هو بحسب الاصل) أقول الاصل ههنا بمعنى الكثير الراجح كما لا يخفى (قوله لكنه انقلب مالا لشبهة الآية) أقول الظاهر أن يقال حرمة الآية ومما اراد الشارح للشبهة الناشئة من الآية في درء القصاص وهي شبهة الاباحة النابتة بقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك

وقوله (وهي) أي العصمة (بالدين) يعني عنده (أو بالدار) يعني عندنا (و) العبد والحر (يستويان فيهما) فيجري القصاص بينهما فان قال جازان تكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كباين المسلم والمستامن فكذا أثره أجاب بقوله (وجريان القصاص) ومعناه لا يصلح ذلك ما اذا لو صلح لما جرى بين العبد بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك وقوله (والنص تخصيص بالذكور) جواب عما استدلل به من المقابلة في الآية وجهه ان ذلك تخصيص بالذكور وهو لا ينفي ما عداه كافي وقوله والاثني بالاثني فانه لا ينفي الذكر بالاثني ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك ان ابن عباس رضي الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى احدهما فضلاء على الاخرى (٣٥٥) اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا ترضى الا بقتل

الذكور منهم بالاثني منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية رداعليهم ولم يذكروا الجواب عن الاطراف وقد أجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزاء المباني فانه لا ينقطع السيد الصحيحة بالسلافة ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق ثابت في أجزائه الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد ما في العصمة وقد تساوى فيها على ما مر قال (والمسلم والذي فيه سواء) اختلف العلماء رحمهم الله في ثبوت اقتصاص المسلم بالذي فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم الى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي استدلل الاولون بما روى أبو حنيفة قال سألت عليا رضي الله عنه هل عندك من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى

يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان وانما ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكور فلا ينفي ما عداه قال (والمسلم بالذي) خلافا لما في له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه تتكامل الخ فكيف يتصور ان يندرج قوله تعالى كتب عليكم الخ في قول المصنف ههنا أما الممدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى تبصر (قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قال الشافعي جاز ان تكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كباين المسلم والمستامن فكذا أثره أجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك ما اذا لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك اه أقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعية شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الاباحة في العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة فالصواب في الشرح ان يقال ومعناه ان شبهة الاباحة غير ثابتة في العبد والامساخ في العبدين كما لا يجري بين المستأمنين (قوله والنص تخصيص بالذكور فلا ينفي ما عداه) هذا جواب عما استدلل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد في الآية وجهه ان ذلك تخصيص بالذكور وهو لا ينفي ما عداه كافي وقوله تعالى والاثني بالاثني فانه لا ينفي ان يقتل الاثني بالذكور ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روى عن ابن عباس ان قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت احدهما تدعى الفضل على الاخرى فقالت لا ترضى الا بقتل الذكور منهم بالاثني منا والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية رداعليهم كذا في المشروح أقول لقائل ان يقول ان التخصيص بالذكور لم يدل على نفي ما عداه الا ان تعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد القصر نحو الكرم التقوى أي لا غيرها والامير الشجاع أي لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قر يش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف في علم الادب وقد استدل الائمة الحنفية على ان موجب القتل العمد هو القود عينيا لا واحدا من القود والدية لا بعينه بقوله عليه السلام العمد قود وقالوا وجه التمسك به أن الالف واللام في قوله العمد للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب ان اللام انما يجوز حملها على الجنس اذا لم يكن هنالك معهود كما عرف في علم الادب وعلم الاصول أيضا وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر وقد أشار اليه في الكافي

القرآن قال لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة الآن يعطى فهمافي كتابه وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكالك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجنابة ولا مساواة بينهما في وقت الجنابة لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم أسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أي فتنة الكفر في دين

(قوله وقد أجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزاء المباني) أقول يعني لا ينفي فيها المساواة في العصمة بل لا بد من المساواة في الجزاء المباني في كونه معيبا وسلامته من العيب فطرف العبد معيب بخلاف طرف الحر

شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم رحمه الله ان رجلا من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا (٢٥٦) أحق من وفي بذمته ثم أمر به فقتل وفي دلالة على المطلوب

لأساواة بينهم ما وقت الجناية وكذا الكفر مبيع فيورث الشبهة ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمى ولان المساواة في العصمة ثابتة نظر الى التكليف أو الدار والمبيع كفر المحارب دون المسلم والقتل بعثله يؤذن بانتفاء

حيث قال بعد ذلك كفاية المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا تعريف الجنس (قوله وكذا الكفر مبيع فيورث الشبهة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ان الكفر مبيع لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة اه أقول قد حمل الشبهة المذكورة في الكتاب هنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر أما أولا فلان المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم المساواة بينهم ما على طريق الجزم حيث قال لانه لا مساواة بينهم ما وقت الجناية فكيف يتم ان يقول بعده كون الكفر مبيعا يورث شبهة عدم المساواة ويجعله استدلالا آخر فها لا يكون هذا منافيا لما سبق أو مستدركا وأما ثانيا فلانه سيقول في الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيع كفر المحارب دون المسلم والقتل بعثله يؤذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعي الدلالة على ان ليس المراد بالشبهة المذكورة هنا شبهة عدم المساواة اذ لا شك ان قتل الذمى بعثله لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمى وانما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الاباحة في دم الذمى فالصواب ان المراد بالشبهة هنا شبهة الاباحة كما هو مقتضى تقريره في قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبيع وقد صرح بذلك في المسئلة السابقة فحينئذ ينتظم السباق واللاحق بلا غبار كما لا يخفى (قوله ولان المساواة في العصمة ثابتة نظر الى التكليف أو الدار) قال صاحب العناية في حل هذا التعايل ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده أو الدار يعني عندنا اه أقول وزع الشارح المذکور قول المصنف نظرا الى التكليف أو الدار الى المذهبين كما ترى فحمل قوله الى التكليف على مذهب الشافعي وقوله أو الدار على مذهبنا لكنه محل نظر لان المصنف لما قال في تعليل المسئلة السابقة ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار قال الشارح المذکور وسائر الشراح أيضا هنا انه وهي أى العصمة بالدين يعني عنده أو بالدار يعني عندنا فنقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي واذا كان المعتمد في ثبوت العصمة عند الشافعي هو بالدين فكيف يتم القول هنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل ثم أقول اعل كلمة أو في قول المصنف نظرا الى التكليف أو الدار بمعنى الواو كما في قوله

سيمان كسر رغيته * أو كسر عظم من عظامه

فيمكون المجموع على مذهبنا ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة أو وعبارة الكافي والتبيين أيضا فان المذکور فيه ما في هذا المقام ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف اه فان قلت لم تحمل المجموع على مذهبنا مع ابقاء كلمة أو على أصل معناها قلت لان التكليف وحده لا يقتضي العصمة الموجبة للقصاص ألا يرى انه اذا قتل مكلف ولو كان مسلما في دار الحرب لا يجب القصاص صرح به في عاتمة المعنبرات فلا بد من أن يكون في دار

جلاء لا يجارى ورد بان مداره على ابن السلمي وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ رحمه الله ابن السلمي حديثه منكر روى عنه ربيعة أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بما هو وهو مرسل منكر وقال الدارقطني ابن السلمي لا يقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا أرسل والجواب ان الطعن بالمهم بالارسال والطعن بالمهم من أئمة الحديث غير مقبول وقد عرف في الاصول (ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف) يعني عنده (أو الدار) يعني عندنا فثبت وقوله (والمبيع كفر المحارب) جواب عن قوله وكذا الكفر مبيع وتقريره أنا لان سلم ان مطلق الكفر مبيع بل المبيع كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوهم حتى لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية وقوله

الاسلام

والقتل بعثله لدفع قوله فيورث الشبهة أي قتل الذمى بالذمى دليل على أن

كفر الذمى لا يورث الشبهة اذ لو أورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجرى بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم

(قوله ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظر الى التكليف يعني عنده أو الدار يعني عندنا) أقول واهذا يقتل

الذمى بالذمى

قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالسلم فيجب القصاص وقوله (والمراد بما روى) جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي رضي الله عنه لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمال ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذوعهد في عهده واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله (لسياقه ولا ذوعهد في عهده) ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه إلى أن لا يقتل ذوعهد مدة عهده وإن قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذوعهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي وإذا لم يكن تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والالكان ذلك أعم والاعم لا دلالة له على الاختص بوجه من الوجوه فمافرضناه دليلا لا يكون دليلا لا يخط باطل فان قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من جهتين أحدهما المسلم (٣٥٧) دخل دارهم بأمان فقتل كافرا حربيافهو

حرام لكن لا يقتص منه والثاني أن يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا وقوله (ولا يقتل) يعني المسلم (بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأييد) كما تقدم في أول الباب (ولأن كفرة باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع) إلى داره فكان كالحربي

الشبهة والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذوعهد في عهده والعطف للغايرة قال (ولا يقتل بالمستأمن) لأنه غير محقون الدم على التأييد وكذلك كفرة باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع

الاسلام أيضا (قوله والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذوعهد في عهده والعطف للغايرة) يعني أن المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الحربي بدليل سياقه وهو قوله ولا ذوعهد في عهده فإنه معطوف على مؤمن فالعنى ولا يقتل ذوعهد بكافر ولا شأن ذالعهده وهو الذي انما لا يقتل بالحربي دون الذي فان جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز أن يكون المراد بذى العهد في الحديث هو المسلم دون الذي قلنا لأن العطف يقتضى المغايرة فلا جرم يكون المراد بذى العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم وقد أشار إليه المصنف بقوله والعطف للغايرة فان قيل ولم لا يجوز أن يكون قوله ولا ذوعهد في عهده ابتداء كلام أى لا يقتل ذوعهد في مدة عهده قلنا لأن الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه والمراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا في الثاني تحقيقا لقضى العطف من المناسبة بين الجملةين هذا جملته ما في الكافي وأكثرا شروح في هذا المقام أخذوا من المبسوط والأسرار وقال صاحب العناية في شرحه - إذا المحل قوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمال ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو قوله ولا ذوعهد في عهده واليه أشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذوعهد في عهده ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه إلى أن لا يقتل ذوعهد مدة عهده وإن قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذوعهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي وإذا لم يكن تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والالكان ذلك أعم والاعم لا دلالة له على الاختص بوجه من الوجوه فمافرضناه دليلا لا يكون

(قوله قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالسلم فيجب القصاص) أقول لم لا يجوز أن يقال يجوز أن يكون قبل قتله المسلم معصوما نظرا إلى مثله وغير معصوم بالنسبة إلى المسلم الآن يقال

(٣٣ - تكمله ثامن) العصة لا تجزى (قوله والعطف للغايرة) أقول قال الاتقاني وثاني هذا الكلام نظر لاناقول نعم العطف للغايرة ولكن لم يعطف قوله ولا ذوعهد على كافر لأنه لو عطف عليه لقل بالحرب هو عطف على مؤمن ولكن نقول أن الذي يقتل بالذي بالاتفاق فعلم أن المراد بالكافر الحربي لا الذي اه فيه بحث وفي الكفاية فان قيل جاز أن يراد بذى العهد المسلم قلنا العطف يقتضى المغايرة اه وبهذا يخرج الجواب عما ذكره الاتقاني فليست أم (قوله فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون) أقول أنه يقول هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام من قتل معاهدا لم يرح رائحة الجنة فكان الوعيد فيه لمن قتله بغير حق فكذا انتهى في هذا الحديث عن قتله بغير حق وله نظائر (قوله والالكان ذلك أعم) أقول أى الكافر الذي في المعطوف عليه أعم من الحربي (قوله فمافرضناه دليلا) أقول أى على التقدير (قوله لا يكون دليلا هذا خلف باطل) أقول المقدر في الثاني لفظ كافر كافي الأول فيصلح الأول قرينة على تقدير الثاني وتقييده بالحربي بدليل آخر فقدر

(ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بيننا (ويقتل المستأمن بالمستأمن) قياساً للساواة ولا يقتل استحساناً لقيام الميخ (ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون) للعمومات ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التفاوت

(ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بيننا) انه ليس محقون الدم على التأييد وقيل هو اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم ولا ذوة عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما رويناه ولانا قد رنا ذلك بكافر حربي الا اذا أريد هناك بالحربي أعم من أن يكون مستأمناً أو محارباً وهو الحق ويغني عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بيننا لان التقدير المذكور ليس بمرئى وانما هو تأويل فلم يقل لما رويناه وقوله (العمومات) يعنى الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها وقوله (ولان في اعتبار التفاوت الخ) يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي رحمه الله

(قوله لان التقدير المذكور ليس بمرئى) أقول يعنى غير المذكور على قصد الرواية بل لتتميم الدليل

دليلاً هذا خاف الى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل من وجوه الأول ان الأعم انما لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص أى لا يدل الأعم على أن يكون المراد منه هو الاخص وحده وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية لادلالة العام على الخاص باحدى الدلالات الثلاث وأما من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الأعم فبذل عليه قطعاً بواسطة دلالاته على معناه العام الشامل لذلك الاخص وبغيره أيضاً ألا يرى أنا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلا شك انه يدل على كون الانسان متحركاً بالارادة كسائر الحيوانات لا ندراج به تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها من الجزئيات وهذا أمر لا ستره فيه فبقا نحن فيه لو لم بقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافراً أعم من الحربي والذمي لدل على أن لا يقتل مؤمن بشئ من أفراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي ولم يلزم أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور والثاني ان عدم كون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة لا يقتضى تقدير شئ في الحديث اذ لا يتبع تعيين معنى الحديث جعل الشافعي ذلك الحديث دليلاً على مدعاه بل جعله دليلاً عليه انما يصح بعد تعيين معناه فامعنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم ان لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة على تقدير عمومهم كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عده محدثاً وهو ان لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة لازم أيضاً على تقدير ان بقدر حربي في المعطوف عليه بقتضى رأيه لان الحربي مبين للذمي لا لمحالة وعدم دلالة أحد المتباينين على الآخر أظهر من عدم دلالة الأعم على الاخص فان لزم من أن يكون كافراً في الحديث أعم أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة فلا نلزم من أن يقيده كافر في الحديث بحربي أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دلالة أولى فكيف يثبت تقدير حربي على رأيه وبالجملة قد خرج الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سائر الصواب بالكلية فضل عن سبيله ثم ان صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للغايرة حيث قال ولنا في هذا المقام نظراً لان قول نعم العطف للغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذوة عهد على كافر لانه لو عطف عليه لقل بالحرب بل هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم أن المراد من الكافر الحربي اه أقول نظره في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للغايرة ليس لبيان مغايرة ذوة عهد في الحديث لكافر حتى يتجه ما توهمه من أن قوله عليه السلام ولا ذوة عهد لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرته مؤمن دفعاً لاحتمال أن يكون المراد بذوة عهد في الحديث هو المؤمن أيضاً على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي اذ المؤمن لا يقتل بذي أيضاً عند الشافعي فلا يسلم التقييد بحربي وأما اذا كان ذوة عهد مغاير المؤمن فكان المراد به الذي يتعين أن يكون المراد بكافر هو الحربي والا يلزم أن لا يقتل الذي بالذمي أيضاً مع ان خلافه مجمع عليه والعجب أن كون مقصود المصنف من قوله والعطف للغايرة ما ذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشده الى هذا تقرير صاحب السكاقي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح (قوله ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بيننا) قال جماعة من الشراح وهو قوله ولا ذوة عهد في عهده وحله صاحب العناية على قوله لانه ليس محقون الدم على التأييد ولم يقبل رأى هؤلاء الشراح حيث قال ولا يقتل الذي بالمستأمن لما بيننا أنه ليس محقون الدم على التأييد وقيل هو اشارة الى قوله عليه السلام ولا ذوة عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما رويناه ولا نقدرنا

قال (ولا يقتل الرجل بابنه الخ) لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لحيائه وهو وصف معلل ظهر أثره في جنس الحكم المعلن به فانه لا يجوز ان يقتل والد وان وجدته في صف الاعداء مقاتلا أو وجدته زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعمد به الحكم من الوالد الى الجسد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم أسباب لحيائه فلا يجوز ان يكون سببا لافنائهم قوله (والقصاص يستحقه المقتول) جواب عما يقال الوارث (٢٥٩) يستحق افناءه لا الولد ولا محذوفه ولو

قال فمن المحال ان يتسبب لفنائته لاستغنى عن هذا السؤال والجواب وقال مالك رحمه الله ان ذبحه يقاد به لا تنفاه شبهة الخطا من كل وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف أو سكين فان فيه توهم التأديب لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك فيمكن فيه نوع شبهة قال المصنف رحمه الله (وهو باطلاقة حجة على مالك رحمه الله) وطواب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فانه يرحم أجيب بان الرحم حق الله تعالى على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب ان يحذروا من زنى ابنته لان حق المالك بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لا يسلك صا رشبة في الدرة

(قال المصنف والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلقه وارثه) أقول القصاص طريقه الخلافة عند أبي حنيفة دون الوراثة كما سيجي في باب الشهادة

والتفاني قال (ولا يقتل الرجل بابنه) لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقة حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجدته في صف الاعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلقه وارثه

ذلك بكافر حر بي الا اذا اريد هنالك بالحر بي اعم من أن يكون مستأمنأ أو محاربا وهو الحق ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحر بي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمرور وانما هو تأويل فلم يقل لما بينا الى هنا كلامه أقول في قوله ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحر بي والجواب عنه نظرا لانه اذا اريد هنالك بالحر بي ما هو اعم من المستأمن والمحراب برد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحراب فان قتل المحارب واجب فإما معنى نفيه في الحديث فيحتاج الى الجواب عنه بالوجهين الذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن السؤال والجواب اذا كان المراد بالحر بي هنالك هو المستأمن فقط كما هو الاحسن وحزم به صاحب البدائع حيث قال وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذوة عهد في عهد عطف قوله ولا ذوة عهد في عهد على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذوة عهد به ونحن به نقول اه (قوله ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده) قال تاج الشريعة قلت خص به عموم الكتاب لانه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتص به بعبده ولا بعبده ولده وذكر الامام البرزوي أن هذا حديث مشهور نقلته الامة بالقبول فصلح مختصا أو ناسخا حكم الكتاب اه أقول الحق ما ذكره الامام البرزوي لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لان حاصل ما قاله ان الكتاب في حكم القصاص صار مما خص منه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبده ولا بعبده ولده فصارت نظما لجاز تخصيص قتل الوالد ولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتل بالسنة ولو كانت من أخبار الآحاد ولكنه غير تام ان قد تقر في الاصول ان العام الذي خص منه البعض انما يصير نظما اذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به وأما اذا كان البعض من العام مخيرا بدليل مفصول عنه فيكون عمومه منسوخا لا مخصوصا وبصير قطعيا في الباقي ولا شك ان ما يخرج قتل المولى عبده أو عبده ولده عن آية القصاص ليس كلاما موصولا بها فلا ينافي قطعيتها فلا يجوز اخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد بل لأقل من أن يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرف في أصول الفقه فلا بد من المصير هنا الى ما ذكره الامام البرزوي (قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلقه وارثه) قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد ولا محذوفه وقال صاحب العناية بعد ذلك ولو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائته لاستغنى عن هذا السؤال والجواب اه أقول فيه بحث اذا برى جهة سببية المقتول لفناء القاتل سوى استحقاقه القصاص فلو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائته فأما ان أراد بتسببه لفنائته استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج الى الجواب المذكور وأما ان أراد به شيئا سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف

في القتل فلا يلائمه كلام المصنف وجوابه أن فيه شبهة الوراثة وشبهة الخلافة فتارة يعين الاولى وتارة يعين الثانية احتمالا في درة القصاص فليتأمل فان هذا كلام اجالى كتبه تذكرة (قوله ولو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائته) أقول وأنت خير بأن عبارة المصنف تؤدي هذا المعنى اذ معناها فمن المحال ان يستحق لاجله افناؤه ولا يدل على كون المستحق المقتول (قوله لأن شفقة الابوة تمنعه عن ذلك) أقول أي تمنعه عن التعمد

وقوله (المأيننا) اشارة الى قوله لانه سبب لحيائه وقوله (ولاولاده) بالرفع معطوف على الضمير المستكن في يستوجب وجاز ذلك بلا تأكيد بفضل لوقوع الفصل يعني ولا يستوجب ولاده على أبيه اذا قتل الاب عبد ولده وقوله (ومن ورث قصاصا على أبيه) مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلا وقوله (ولا يستوفي القصاص الاب بالسيف) يعني اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفي الاب بالسيف وقال الشافعي رحمه الله ينظر ان كان قتل بفعل مشروع مثل ان قطع بدرجل فمات منه فعل به مثل ذلك ويعمل مثل تلك المدة فان مات والا تحزر رقبته وان كان بغير مشروع كان سقام الخمر حتى قتله أو لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لان مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرنا لان فيه مساواة في أصل الوصف والفعل المقصود به (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا) فان قيل يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب الاب بالسيف أجيب بان القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالفصاص دون ما يجب شرعا والجل عليه مجاز باعتبار ما يؤل اليه وهو هذا مختار صاحب الاسرار ونظر الاسلام رحمه الله قدره بلا قود يجب الاب بالسيف واستدل به لابي حنيفة (٣٦٠) رحمه الله في نفي القصاص عن القتل بالمثل وقد قرناه

والخدم من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والخدمة من قبل الاب والام قريت أو بعدت لمأيننا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال (ولا يقتل الرجل بعبد ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده) لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزأ قال (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) لحزمة الابوة قال (ولا يستوفي القصاص الاب بالسيف) وقال الشافعي بفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات ولا تحزر رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحزب يجب التحرز عنه كافي كسر العظم قال (واذا قتل المكاتب عدا وليس له وارث الا المولى وترك فاه القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أرى في هذا قصاصا) لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولد ان مات حر او المالك ان مات عبد او صاوي كن قال لغيره بمعنى هذه الجارية بكذا وقال المولى ترك فاه القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يمايى به بخلاف تلك المسألة لان حكم ملك اليمين يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم) وقوله والخدم من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والخدمة من قبل الاب والام قريت أو بعدت لمأيننا أقول من العجائب هنان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدرى قلت ذكر الجدة في الهداية من قبل الام ولم يطلقها وذكر فيها الاجداد من قبل الرجال والنساء والام ولم يذكر الجدة من قبل الاب أصلا فوقع لي شبهة في الجدة من قبل الاب وقد زالت بحمد الله تعالى بما ذكر في كفاية البيهقي قال ولا يقتل أصول المقتول به وان علا خلا فالملك فيما اذا ذبحه ذبحا اه وأنت ترى أن الجدة من قبل الاب مذكورة في الهداية هنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في أمرها (قوله ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح) قال صاحب العناية في حل هذا الحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء

في التقرير وقوله (ولان فيما ذهب اليه) دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى القصاص على المساواة ووجهه لانسلم وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الحزب بعد فعل مثل ما فعل به وانه غير جائز لادائه الى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كافي كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عدا فانه لا يقتص منه واذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلا يجوز ترك البعض أولى قال (واذا قتل المكاتب عدا وليس له وارث الا المولى

الخ) اذا قتل المكاتب عدا فلا يتخلو إيمان أن ترك وفاء أو لم ترك فان كان الاول فلا يتخلو إيمان أن يكون له وارث القود غير المولى أولا فان كان الثاني فله مولى القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا أرى في هذا قصاصا واستدل بمبدأ كرفي الكتاب وكأنه عام حول الدرر بالشبهات ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين الخ وهو في الحقيقة نفي اعتبار مثل (قوله ويلحق به ما كان سلاحا) أقول بأبي عن الاخلاق قول المصنف والمراد به السلاح نوع اباء (قوله فان قيل يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب الاب بالسيف) أقول لا يمكن ان يورد هذا من طرف الشافعي لأن القتل بالمثل بوجوب القود عنده (قوله أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالفصاص دون ما يجب شرعا والجل عليه مجاز باعتبار ما يؤل اليه) أقول كان مراده ان خبر لا اذا كان من الافعال الخاصة يجب ذكره وقوله يجب ليس خبرا لا بل هو معتبر في مفهوم القود فانه يصدق ان يجب اذا كان وحدي مقابلة القتل بالسيف والخبر هو موجود وفيه بحث فان المراد به الوجود الشرعي ولا يلزم اعتبار الوجوب في القود كافي المعنى الآخرف تدبر ثم اعلم ان ضمير عليه في قوله والجل عليه راجع الى ما في قوله دون ما يجب شرعا

عن درجة الاعتبار لان
السيد اذا رجعا الى شخص
وحكمهما لم يختلف صارا
كسب واحد لحكم واحد
وأما اذا رجعا الى شخصين
كأول كان له وارث غير المولى
واختلف حكمهما كالمسئلة
المستشهد بها فيمكن ان
تكون معتبرة فان كان
الأول فلا قصاص وان
اجتمع والوجود الاشتباه
على ما ذكر لان الصحابة
رضي الله عنهم اختلفوا
في موته على نعت الحرية
أو الرق فانه على قول على
وابن مسعود رضي الله عنهما
يموت حرا اذا أدبت كتابته
فيكون الاستيفاء لورثته
وعلى قول زيد بن ثابت
رضي الله عنه يموت عبدا
فيكون استيفاء القصاص
للمولى (بخلاف الأولى فان
المولى متعين فيها) وان
كان الثاني وهو ما اذا مات
ولم يترك وفاء فواضح كذا ذكر
ولم يذكر ما اذا مات ولم
يترك وفاء ولا وارث له أوله
ورثة أرقاء لعدم الفائدة في
ذكره لان حكمه حكم
المذكور في الكتاب

(قال المصنف وان لم يترك
وفاء له ورثة أحرار وجب
القصاص للمولى في قولهم
جميعا) أقول قال في
الكفاية وذكر شيخ الاسلام
يريد لم يترك وفاء ولم يكن في
قيمه وفاء بالمكاتبه أيضا
فاما اذا كان في قيمته وفاء
بالمكاتبه لا قصاص فيه

بغير حكم النكاح (ولو ترك وفاء له وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى) لانه اشتبه من
له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في
موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الأولى لان المولى متعين فيها (وان لم يترك وفاء له ورثة أحرار
وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) لانه مات عبدا لا يرب لا نقض الكتابه

القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا أه أقول فيه خلل لانه اذا كان نصاعلى نفي استيفاء القود بغير السيف
فكيف يلحق به دلاله ما كان سلاحا من غير السيف وهل يتصور أن يدل كلام واحد على نفي شيء وإثباته
مما والحق أن يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما أشار إليه
المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحب الكافي والكفاية حيث قالوا لقوله عليه السلام
لا قود الا بالسيف أى لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله
عنهم وقال أصحاب ابن مسعود لا قود الا بالسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح اه وقال في النهاية فان
قيل يحتمل أن يكون المراد من الحديث لا قود يجب الا بالسيف لأن يكون معناه لا قود يستوفى الا
بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وان حل عليه كان مجازا ولان القود قد
يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يكن جملة عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما
السيف مخصوص بالاستيفاء اه وذكره هذا السؤال في العناية أيضا ولكن قصر الجواب عنه فيها على
الوجه الأول من الوجهين المذكورين في النهاية أقول في ذلك الوجه من الجواب نظر لانه انما يتم أن
لو كان مدار السؤال على احتمال أن يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعا وأما اذا كان
مداره على احتمال أن يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم
ذلك اذ لا مجاز حينئذ في لفظ القود فان قلت المصير الى التقدير ليس بأسهل من المصير الى التجوز فيحصل
المطلوب وهو لزوم العدول الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر قلت لا يحصى عن
تقدير شيء على المعنى الذى جملة عليه أيضا فان معنى الحديث على ذلك لا قود يستوفى الا بالسيف كما
صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء ومثل ذلك معونة المقام ليس بعزى بى كلام البلغاء فلا يتم
التقريب (قوله ولو ترك وفاء له وارث غير المولى فلا قصاص) أقول أطلق الوارث هنا ولم يقيد بالحر وقيد
في الصورة الآية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء له ورثة أحرار وكان الأولى أن يعكس الامر فانه اذا
كان الوارث هنا رقيقا فالظاهر انه يجب القصاص للمولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف كما في الصورة
السابقة ليكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة اذ لا ولاية للارقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشبهه
من له الحق هناك فانه المولى على كل حال ان مات عبدا قبل الملك وان مات حرا قبل الولاة وأما اذا كانت
الورثة أرقاء في الصورة الآية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا كما اذا كانت الورثة أحرارا
لانه مات عبدا في تلك الصورة بل لا يرب والتقييد بالأحرار يشعر بكون الحكم في الارقاء خلاف ذلك
بناء على ان مفهوم المخالفة معتبر عندنا أيضا في الروايات كما صرحوا به فالاحسن ما ذكره صاحب الكافي
حيث قال في هذه الصورة ولو ترك وفاء له وارث غير المولى فلا قصاص وقال في الصورة الآية وان لم
يترك وفاء له ورثة أحرار ولا وجب القصاص للمولى عندهم فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق
أحد الامور الاربعة التي تمنع عن الارث كما تقر في علم الفرائض فلا احتياج الى تقييد الوارث بالحر بل
لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق أيضا وارثا قلت المراد بالوارث هنا من كان من شأنه ان يرث والرقيق
كذلك لانه يرث عند زوال الرق عنه لامن يرث بالفعل فيتحمل التقييد بالحرية ولا يلزم أن لا يتم تقييد
الورثة بالأحرار في الصورة الآية أيضا مع أنها قيدت بها في الكتاب بل في أصل الجامع الصغير للإمام
الرباني (قوله وان لم يترك وفاء له ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) قال صاحب

بمخلاف معتق البعض اذ اقامت ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز (واذا قتل عبد الرهن في يد المرتين لم يجب القصاص حتى يجتمع الرهن والمترين) لان المرتين لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولا له بطل حق المرتين في الدين فيشترط اجتماعهما ليس سقط حق المرتين برضاه قال (واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيح ان يقتل)

وقوله (بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء) يعني لا يجب القصاص لان ملك المولى لا يعود بموته ولا ينسخ بالعجز ما عتق منه وقوله (واذا قتل ولي المعتوه) يعني ابنه (فلا يبيح) وهو جلد المقتول الاستيفاء

ويجب قيمته على القاتل في ماله لان موجب العمد وان كان هو القصاص الا انه يجوز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص كما اذا كانت يد القاطع سلاء كان للقطوع يده العدول الى المال بغير رضا القاطع مراعاة لحق صاحب القصاص لما لم يجد مثل حقه بكاله فكذا هنا جاز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص لان وجوب القيمة انفع له لانه يحكم بحريته وحرية اولاده اذا أدى بدل الكتابة من قيمته اه والمراد اذا كان في الفائم ماله حتى لا يخالف مذهبا على ما سبق

العناية ولم يذ كر اذ اقامت ولم يترك وفاء ولا وارث له اوله وورثة ارقاء لعدم الفائدة في ذكروه لان حكمه حكم المذكور في الكتاب اه اقول هذا كلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي عدم الفائدة في ذكروه بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكروه الا ترى أن أكثر المسائل المذكورة في أبواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الاحكام مع انه لا مجال لأن يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الآخر على ان تخصيص من له ورثة أحرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا في الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شيء يفيد كون الحكم في المتروك حكم المذكور فالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك أن يقال ان حكم المتروك ههنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا فاما اذا كان له ورثة أحرار فلا يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث أصلا أو كان له ورثة أرقاء أولى كما لا يخفى (قوله بمخلاف معتق البعض اذ اقامت ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز) قال في غاية البيان قال القدوري في شرحه مختصرا الكرخي وايس هذا كالعبد المعتق بعضه اذ اقامت عاجز الاله ذكر في المنتقى عن أبي حنيفة أن لا قصاص لان عجز المكاتب ينسخ به الكتابة فكأنهم لم تكن وموت المعتق لم ينسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالاولوية وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اه اقول فيه نظرقدر من قبل أن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رجعهما الله هو أن اختلاف السبب الذي لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم لا يبالى به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المكاتب عبدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبي حنيفة في مسئلة معتق البعض اذا مات عاجزا بأن المولى يستحق القصاص في بعضه بالاولوية وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا إفضاء الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فنأين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله بمخلاف معتق البعض اذ اقامت ولم يترك وفاء ما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة في حيز قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار الخ فينشد يصح تقيم ما أجله المصنف في تعليله بقوله لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز بأن يقال فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فيبالي باختلافهما لا بإفضاء الى المنازعة تأمل توقف (قوله واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيح ان يقتل) يعني اذا قتل قريب المعتوه فلا يبيح المعتوه ان يقتل أي له ولاية استيفاء القصاص من القاتل قال صاحب العناية في شرح هذه المسئلة واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلا يبيح وهو جلد المقتول الاستيفاء اقول هذا تقصيري في بيان المسئلة فان كان القصاص له حق المعتوه دون أبيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابنه وغيره وأخته لام من غير أبيه وكأمة المطلقة من أبيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحمل التعميم فان ولي المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فإما معنى تخصيص المسئلة مع عموم جوابها وصاحب النهاية أصاب في تفسيره ولي المعتوه ولكن أفسد بعده حيث قال واذا قتل ولي المعتوه أي قريبه وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلا يبيح

(لأنه من) باب (الولاية على النفس شرع لأمير راجع إليها) أي إلى النفس (وهو تشي الصدرفيليه كالانكاح) ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الانكاح دون القصاص لأنه شرع للتشني وللاب شفقة كاملة يعذر بالولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشني كالحاصل للابن بخلاف الأخ (وله) أي لولي المعتوه (ان يصلح) لكن على قدر الدية فإن نقص يجب لكل الدية لأنه أنظر في حق المعتوه وقوله (لماذا كرنا) إشارة إلى (٢٦٣) بقوله لأنه من الولاية على النفس وقوله

(لأنه ليس له ولاية على نفسه) أي نفس المعتوه (وهذا) أي الاستيفاء (من قبيله) ويندرج تحت هذا (الاطلاق) يريد قوله والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك وقوله (ان الوصي لا يملك الصلح) يعني عن النفس وأما عمادونهم فإيما به وقوله (وانه) أي المال (يجب بعقده) أي بعقد الوصي

(قوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الانكاح دون القصاص) أقول قال الانقائي قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فإن الأخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول هذا ليس بشئ لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذا يملك الانكاح إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذا يملك الانكاح إذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لأن من يستحق الدم

لأنه من الولاية على النفس شرع لأمير راجع إليها وهو تشي الصدرفيليه كالانكاح (وله ان يصلح) لأنه أنظر في حق المعتوه وليس له ان يعفولان فيه ابطال حقه (وكذلك ان قطع يد المعتوه عمدا) لماذا كرنا (والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك لأنه لا يقتل) لأنه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطر فأنه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص

المعتوه وهو جسد المقتول ولاية استيفاء القصاص اه واقتنى أثر جماعة من الشراح والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم ان يحمل ما ذكره على التمثيل دون التخصيص (قوله لأنه من الولاية على النفس شرع لأمير راجع إليها وهو تشي الصدرفيليه كالانكاح) قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فإن الأخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول ليس هذا بشئ لأن الأخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكروا الاثني في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره الى هنا لفظ الغاية * أقول ما ينسب الى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواء ورد عليهم مردود فإنه ناشئ من عدم فهم معنى المقام ومزاد الشراح لان معنى المقام انه اذا قتل أحد من كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان لأبي المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كماله ولاية انكاح المعتوه والصبي ومزاد الشراح التنبيه على أن ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الأخ مثلاً يملك انكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبيلهما بخلاف الاب فإنه يملكهما معا ويبنوا وجه الفرق بأن القصاص شرع للتشني وللاب شفقة كاملة يعذر بالولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشني كالحاصل للابن بخلاف الأخ فقوله صاحب الغاية لأن الأخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن ان أراد به انه يملك ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليقه بقوله لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا ساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون أن يستحق القصاص بنفسه أصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما يفيض عنه جدها عبارة المحيط البرهاني فإنه قال فيه واذا وجب القصاص لصغير او معتوه في النفس أو فمادون النفس وله أب ولا حتى للاب في هذا القصاص فان الاب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافاً للشافعي اه وان أراد بذلك ان الأخ يملك ذلك نيابة عن الغير أيضاً وان لم يستحقه بنفسه أصالة فهو ممنوع جدها ولم أر في شيء من كتب الفقه أن أحدا ذهب اليه وقال به والدليل الذي ذكره في الفرق بين الاب وغيره هنا يقتضي خلاف ذلك قطعاً (قوله وله ان يصلح لأنه أنظر في حق المعتوه)

هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والاثني في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره اه وفيه بحث لان ما ذكره فيه اذا قتل الأخ وكلام الشارحين فيما اذا كان الأخ المعتوه والاب حتى (قوله لأنه شرع للتشني) أقول هذا تعليل لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص الخ

لان المقصود التشني وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو أولى
وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو
التشني وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانما اخلقت وقاية للنفس
كالمال على ما عرف فكان استيفاءه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة
الاب في الصحيح ألا ترى ان من قتل ولاولى له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلة فيه

قال جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الخط
وان قل ويجب كمال الدية اه وكذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز وقال صاحب الغاية قال
بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الخط وان قل ويجب
كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أبي المعتوه
عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله أن يصالح من غير قيد بدية قدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من
قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء
القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل في القليل والكثير ألا يرى أن الكرخي قال في مختصره واذا وجب
لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز
قليل كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو أرواح الجراحة أو أكثر الى هنا لفظه أقول نظره
ساقط فان لأصحاب التخريج من المشايخ صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما
صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز أن يكون الامر هنا كذلك والتظاهر أن الشراح
أخذوا التقييد هنا من كلام مشايخنا المتقدمين من أصحاب التخريج ولا يبعد أن يصل بعض من أنفس
الشراح أيضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد رحمه الله في هذه المسئلة
ثم ان قوله وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله والنفع يحصل في القليل
والكثير ممنوع فان في القصاص تشني الصدر وما دون الدية في مقابلة تشني الصدر لا يعتد بنفعه عارفا
وولاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد أن يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعتد بنفعه عارفا وعادة وأما
تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما اذا كان
المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز
بل ارباب اذله اسقاط حقه بالكلية بلا أخذ عوض عنه أصلا فتركه بمقابلة مال وان قل أولى بخلاف
ما نحن فيه فان المصالح هنا ولي صاحب حق القصاص وهو أبوه لان نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا
بد في تصرفه من النظر الى الحق لكون ولايته نظرية وبالمجته دار كلامه هذا أيضا عدم الفرق
بين التصرف لنفسه اصالة وبين التصرف لغيره نيابة ثم أقول بقي شيء في أصل الدلائل الذي ذكره
المصنف بقوله لانه أنظر في حق المعتوه من القصاص وهو أن الصلح على مال اذا كان أنظر في
حق المعتوه من القصاص كان ينبغي ان لا يملك الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند امكن
المصالحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعي ما هو الا نظر له
ويمكن ان يجاب عنه بأن كون الولاية نظرية لا يستدعي وجوب العمل بما هو الا نظر لان في
خلافه أيضا حصول أصل النظر بل انما يقتضي أولوية العمل بذلك ولم ينف أحد أولوية المصالحة
على المال فيما نحن فيه على ان كون المصالحة أنظر في حق المعتوه من القصاص من كل
الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه أيضا ممنوعة فيجوز أن تكون المصالحة أنظر في حقه من
وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص أنظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار الخ) اذا كان أولياء القتل صغارا وكبارا فاما أن يكون فيهم الاب أو القان كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا رحمه الله بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجهه ما ظاهر على ما ذكر وجهه أبي حنيفة رحمه الله مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير ما يؤمس حال (٣٦٥) الاستيفاء فانتفى الشبهة واذا انتفى الشبهة

وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة ثبت لكل واحد كمالا كولاية في الانكاح واعتراض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو أحدهما كإلّا تعدد القتل وعفا أحد الأولياء فان لغیره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة وأجيب بأن الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب ما لا نظرا للجائنين بخلاف ما اذا تعدد القتل فان الحق عدة متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره

(قوله فاما أن يكون فيهم الاب) أقول أي أب المقتول أو أب الصغير (قوله لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول كيف يكون سببه القرابة وهو ثبت للزوج والزوجة (قوله واعتراض بانه لو كان كذلك) أقول أي لو ثبت لكل واحد كمالا (قوله وأجيب بأن الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال)

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فلا يكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين الموليين وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى أو هو القرابة

نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص نشفي الصدر أو دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما أشير اليه بقوله تعالى ولكم في القصاص حياة فينبذ لا يلزم أولوية العمل بالمصلحة رأسا فضلا عن وجوبه (قوله ومن قتل وله أولياء صغار وكبار) قال صاحب النهاية والكفاية في شرح هذا المجل بان كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير أقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لان لفظ الاولياء في المشروح صيغة الجمع وكذلك لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تنصو بر معنى المشروح بان كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير ولا يساعده لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في النصوير أن يقال بان كان للمقتول اخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار وغاية ما يمكن في توجيه كلام ذيالك الشارحين ان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته بل مقصودهما مجرد تنصوير المسئلة على وجه يتضمن الإشارة الى انه لا احتياج في تحقيق مادة هذه المسئلة الى تحقيق معنى الجمعية لافي جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين أيضا (قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين الموليين) قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين الموليين أي وأحدهما غائب واقتنى أثره صاحب معراج الدراية كما هو أبهى في أكثر المحال * أقول ليس هذا بشرح صحيح عندي اذ لو كان مراد المصنف بهذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين الموليين مستندرا كما مضى اذ يتناول حينئذ قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب فيستغنى عن قوله أو كان بين الموليين وأيضالو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحدهما غائب على قوله أو كان بين الموليين بل كان عليه أن يؤخر قوله وأحدهما غائب عن ذلك ليمتعلق بمجموع القولين فلا يحتاج الى التفدير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين الموليين أن يقال أي وأحدهما صغيرا اذ لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوله المزبورين إشارة الى مسئلة مستقلة مغايرة للآخرى وبوافقه صريح ما ذكر في المبسوط فانه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة الموليين فيما اذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق اه تبصر (قوله وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول في تمام الاستدلال بعدم تجزى سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزى قصاص نفسه خفاء فان العقل لا يجد محذورا في كون السبب بسيطا والسبب مركبا كيف والظاهر أن القرابة التي لا تتجزى كما انها سبب لاستحقاق ولي القتل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطا مع انه لا شك ان الدية تتجزى

(٣٦ — تكمله ثامن)

أقول ان أراد كان ثابتا في حق غير العاني ساقطا في حقه فاستحالته ممنوعة وان أراد كان ثابتا مطلقا ساقطا كذلك فلا يلزم لزومه من عدم السقوط في حق غير العاني فيجوز أن يسقط في حق العاني وغرته انه لا يقدر بعد العفو على القصاص و ثبت في حق غيره ولعل الاظهر أن يقال لما كان الحق واحد وسقط في حق العاني أورث الشبهة في حق الباقي لما أنه واحد فكان ثابتا من وجهه ساقطا من وجهه وما هو كذلك فيه شبهة عدم الثبوت والشبهة تؤثر في سقوط القصاص

ممنوعة) جواب عن قوله
أو كان بين المولين وسند
منعه ماذكر في الاسرار
لارواية في عبداً عتقه
رجلان ثم قتل أو قتل وله
موليان فيجوز ان يقال
لانسلم ان أحدهما لا يتفرد
بالاستيفاء ولئن سلمنا فأحد
المولين انما لم يتفرد
بالاستيفاء لان السبب
لم يكمل في حقه لان بعض
الملك وبعض الولاء ليس
بسبب أصلاً فسكانا
كشخص واحد والواحد
منه - ما كنصف رجل
وشطر علة وقوله (ومن
ضرب رجلاً بغير الخ) واضح

(قوله - ولئن سلمنا فأحد
المولين انما يتفرد
بالاستيفاء) أقول فيكون
قوله انه حق لا يتجزى
مخصوصاً بما اذا لم يكن
السبب القرابة كما لا يخفى
(قال المصنف وفيه خلاف
أبي حنيفة رجه الله تعالى)
أقول فيه أن قضية المساق
أن يقول وفيه خلاف أبي
يوسف ومحمد فليتلأمل
(قال المصنف وهي مسئلة
الموالاة) أقول فيه بحث
بل تلك أعم منها فان القتل
بالسوط قد يكون بدون
الموالاة كما اذا ضرب صغيراً
فمات منه وجوابه أن
الضمير عائد الى خلافة
الشافعية لا الى مسئلة
القتل بالسوط مطلقاً فافهم

وا احتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كلاً كافي ولاية الانكاح بخلاف الكبير لان
احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال (ومن ضرب رجلاً بغير قتله فان أصابه
بالحديد قتل به وان أصابه بالعود فعليه الدية) قال رضي الله عنه وهذا اذا أصابه بمحمد الحديد لوجود
الجرح فكمل السبب وان أصابه بنظر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن أبي حنيفة اعتباراً منه
للألة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما بينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب
بسنخات الميزان وأما اذا ضرب بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص
حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلاً بالمثل وفيه خلاف أبي حنيفة على ما بين
وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة له أن الموالاة في الضربات الى ان
مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا إلا ان قيل خطأ العمد وروى شبه العمد الحديث
ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراف القصد في خلال الضربات
فيعبري أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دائرة للقود فوجب الدية

لانها مال والمال متجزى لا يرب فلا يظهر في بيان ككون القصاص حقاً لا يتجزى ماذكر في الكافي
ومعراج الدراية اثناء تقرير دليل الامامين وهو ان القتل غير متجزى لانه تصرف في الروح وهذا لا يتقبل
التجزى ثم ان بعض الفضلاء طعن في قولهم هنان سبب القصاص هو القرابة حيث قال كيف يكون
سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة اه أقول نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة
أيضاً كما صرحوا به مع ان السبب في الزوج والزوجة هو الزوجية وفي المعتق والمعتقة هو الولاء دون
القرابة إلا أن الظاهر ان قولهم هنان هو القرابة إما بناء على التغليب اكون أولياء القتل في الأكثر
قرايبه وإما بناء على انهم أرادوا بالقرابة هنا الاتصال الموجب للارت دون حقيقة القرابة فيم الك
(قوله واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كلاً كافي ولاية الانكاح) قال
الشراح وجهه أبي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والكبار الغيب من حيث احتمال العفو
في الحال وعدمه فان العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز ان يكون الغائب عفاً
والحاضر لا يشعر به فلا يستوفي كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز وأما العفو في الصغير فأبوس حال
استيفاء القصاص لانه ليس من أهل العفو وانما يتوهم العفو منه بعد بلوغه والشبهة في المال لا تعتبر لان
ذلك يؤدي الى سد باب القصاص لاحتمال ان يتدمر المقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط
شيخ الاسلام والجامع الصغير للإمام المحبوبي * أقول لاقائل ان يقول اذا لم يكن للغائب شعور أصلاً يكون
قريبه مقتولاً بان كان في مسيرة سنة مثلاً من موضع القتل فاني يتوهم منه العفو في الحال اذا العفو عن
الشيء فرع الشعور به فثبت لا شعور به لا يتصور العفو عنه ومسئلة الغائب تعم مثل هذه الصورة أيضاً
فكيف يتم فيها ماذكر وامن التفرقة ثم أقول يمكن ان يدفع ذلك بأنه يجوز ان يقول ذلك الغائب في ذلك
الموضع في تلك الحالة أو قبلها كل حق يثبت لي على الغير فاني عفوته وبرئته منه فيندرج في هذه الكلية
عفو عن قتل قريبه أيضاً ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال في صورة أن كان بعض الأولياء
غائباً وان كان موهوماً ورث شبهة في الحال فلا يستوفي القصاص بها بالاجماع ولعل حل هذا المقام
بهذا الوجه مما لا بد منه وقد أهمل الجمهور (قوله ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلاً بالمثل
وفيه خلاف أبي حنيفة) أقول كان حق التحرير هنان يقول وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد رجهما الله
لان الحكم المذكور فيما سبق في أصل المسئلة وجوب الدية عند الاصابة بالعود لا وجوب القود عند
ذلك وخلاف أبي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثل لا في وجوب الدية فيه فان وجوبها فيه عين

وكذا قوله (ومن غرق صبيا) و (كأيناه) إشارة إلى قوله بفعل به كما فعل ان كان فعلا مشروعا وقوله (لهم) أي لابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول (٣٦٧) وقوله (ولاسرا في العصمة) أي لاشك فيها

وقوله (ومنه المقصة للجليلين) الجلم الذي يجزبه وهما جلمان

(قال المصنف لهم قولهم عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه) أقول دليل الشافعي فلا يرد أن مذهبهم ما ان لا قود الا بالسيف (قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفي كل خطأ أرش) أقول لا مساعد في عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف أعاد لام التعليل في المعقول حيث قال (ألا قاتله وذلك يقتضي ان يكون قوله ولان الآلة قاتله الخ معطوفا على قوله لهم من غرق غرقناه فلم يبق في حيز قوله لهم الا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما يتصور أن لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي أن يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا لا يكون الا بشراكة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تأمل تقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية ان الشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعمل في الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اه أقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل بأحد هما دون الآخر مع كونه لا يخالف عن اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب أن يترك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف أن لو ثبت تأخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه أو ثبت كونه أقوى منه وثبت منهم ما لم يثبت (١) لا يقال يكفي التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا تساقطا لا نقول لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان لا يستوفي القصاص الا بالسيف لان الساقط لا يصلح لأن يتسك به مع ان اثنتا تسكوا به في ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما هم ثم أقول الاولى عندى في توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابي يوسف ومحمد والشافعي كاهم الا ان الشافعي ببقية على ظاهره فيحمل التعريق على حقيقته وأما الامامان فيحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التعريق فيصير معنى قوله عليه السلام غرقناه أهلكناه ويكون التعبير بغرقناه لما كلة قوله من غرق وغرق وانما يحمله على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقر في علم الأصول أنه اذا تعارض ظاهر النصين يطلب الخاص مهما أمكن في التوفيق والجمع بينهما وههنا الخاص عند هما يتيسر بحمل التعريق على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر (قوله وله قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ أرش) أقول في دلالة هذا الحديث على مدعى أبي حنيفة رحمه الله تعالى في مسألة

قال (ومن غرق صبيا أو بالغافي البحر فلا قصاص) عند أبي حنيفة وقال لا يقتص منه وهو قول الشافعي غير أن عندهما يستوفي جزاؤه عنده يغرق كما ينه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتله فاستعملها أمانة العمدية ولا مرأى في العصمة وله قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ أرش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبي عن المماثلة ومنه يقال اقتص أثره ومنه المقصة للجليلين مذهب أبي حنيفة وانما الخلاف فيه لابي يوسف ومحمد وقصور تحري المصنف هنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له أحد من الشراح لان جهة القدرح ولان جهة التوجيه فكأنهم لم ينتبهوا له (قوله لهم قولهم عليه السلام من غرق غرقناه) قال صاحب النهاية وقوله لهم أي للشافعي ولهما لكن الشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول اه وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال وقوله لهم أي لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول اه أقول لا مساعد في عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف أعاد لام التعليل في المعقول حيث قال (ألا قاتله وذلك يقتضي ان يكون قوله ولان الآلة قاتله الخ معطوفا على قوله لهم من غرق غرقناه فلم يبق في حيز قوله لهم الا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما يتصور أن لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي أن يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا لا يكون الا بشراكة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تأمل تقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية ان الشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعمل في الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اه أقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل بأحد هما دون الآخر مع كونه لا يخالف عن اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب أن يترك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف أن لو ثبت تأخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه أو ثبت كونه أقوى منه وثبت منهم ما لم يثبت (١) لا يقال يكفي التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا تساقطا لا نقول لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان لا يستوفي القصاص الا بالسيف لان الساقط لا يصلح لأن يتسك به مع ان اثنتا تسكوا به في ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما هم ثم أقول الاولى عندى في توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابي يوسف ومحمد والشافعي كاهم الا ان الشافعي ببقية على ظاهره فيحمل التعريق على حقيقته وأما الامامان فيحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التعريق فيصير معنى قوله عليه السلام غرقناه أهلكناه ويكون التعبير بغرقناه لما كلة قوله من غرق وغرق وانما يحمله على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقر في علم الأصول أنه اذا تعارض ظاهر النصين يطلب الخاص مهما أمكن في التوفيق والجمع بينهما وههنا الخاص عند هما يتيسر بحمل التعريق على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر (قوله وله قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ أرش) أقول في دلالة هذا الحديث على مدعى أبي حنيفة رحمه الله تعالى في مسألة

(١) في بعض النسخ زيادة كتبت بالهامش نصها ويمكن أن يقال ثبت كون قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف أقوى من قوله عليه السلام من غرق غرقناه عند أهل الحديث وقد أشار إليه المصنف فيما بعد بقوله وما رواه غير من فروع تأمل اه منه

وقوله (ومارواه غير مرفوع) لانه يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا أحدا بعدذاب الله (أوهو محمول على السياسة وقد أومت) أي أشارت (اليه) أي الى كونه محمولا على السياسة (إضافته الى نفسه) حيث قال غرقناه ولم يقل غرقوه وقوله (واختلاف الروايتين) مرفوع على الابتداء وقوله (في الكفارة) خبره يعني ان اختلاف الروايتين عن أي حنفية رجه الله انما كان في الكفارة فانه روي عنه ان لا كفارة في شبه العمد وروى الطحاوي أن فيه الكفارة عنده وأما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد وقوله (لوجود السبب) يعني سفك دم مخفون على التأبيد عدا (وعدم ما يبطل حكمه) يعني من عفو أو شبهة وقوله (واذا اتقى الصقان) ظاهر وقوله (أحد نوعي الخطأ) يريد به الخطأ في القصد وقوله (وكذا الدية) منصوب عطفا على الكفارة وقوله (على ما نطق به النص) يريد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وقوله (ولما اختلفت سيوف المسلمين) أي بوال تروي أن سيوف المسلمين بوال على اليمان أبي حذيفة في بعض الليالي في غزوة الخندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم (٣٦٨) بالدية فورها لهم حذيفة وقوله (ومن شج نفسه) واضح

وقوله (وفعله بنفسه هدر في الدنيا) يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافي وقوله (يغسل ويصلى عليه) أثر كون فعله غير معتبرا لانه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه مات حنفاً أنفه معرض من غير علة في نفسه وقوله (ولا يصلى عليه) لان جنائته على نفسه معتبرة فصار كالباغي وقوله (فلم يكن هدرامطلقا) متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح

فصل لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص الحق بها فصلا

ولا تماثل بين الجرح والذوق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا تماثلان في حكمه الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمقتل نادر ومارواه غير مرفوع وأوهو محمول على السياسة وقد أومت اليه إضافة الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال (ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف اليه قال (واذا اتقى الصقان من المسلمين والمشركون فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لان هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة فقتل رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما يجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركون لا يجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال (ومن شج نفسه وشجبه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدراف في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر ان عند أبي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وعند أبي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبه في كتاب التجنبس والمزيد فلم يكن هدرامطلقا وكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكان النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم

فصل قال (ومن شجر على المسلمين سيفا فقتلهم أن يقتلوه)

التعريق خفاء كما ترى ولم يتعرض أحد من الشراح لبيان وجه دلالة على ذلك والانصاف انه لا يدل عليه دلالة اقناعية وان أمكن التوجيه ببعض من التعليلات واعمل هذا هو السر في أن صاحب الكافي ترك

التسليم

يشتمل على المسائل التي لها عرضية ايجاب القصاص وهي كاهما من جنس واحد وكلامه واضح

كل واحد من الحديثين يماثل الآخر اه وفي شرح الشاهان لانه سوى بهما بين الثوب وبين المقطوع له الثوب اه ولعل هذا الوجه اولى لاسم المقصة تأمل (قوله ومارواه غير مرفوع) لانه يلزم الى قوله أوهو محمول على السياسة وقد أومت) أقول فيه بحث وجوابه أن تمة الحديث ومن حرق حرقناه ومن قتل عبد اقلناه كذا في فوائد حميد الدين الضرير ثم قوله غير مرفوع منع وقوله لانه يلزم الخ سند للنع وقوله أوهو محمول على السياسة منع آخر مع السند وقوله وقد أومت تميم للسند (قال المصنف واختلاف الروايتين في الكفارة) أقول قوله واختلاف مبدء وقوله في الكفارة خبره (قال المصنف ولا يصلى عليه) أقول قال السكاكي وهذا أثر كون فعله معتبرا في حق نفسه لانه صار باغيا على نفسه اه فالباغي لا يصلى عليه

فصل ومن شجر (قوله الحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عرضية ايجاب القصاص) أقول وهو قتل المشهور عليه يوجب القصاص ان لم يثبت ما ادعاه من سل السيف عليه بالينة

وقوله (أطل دمه) أى أهدر وقوله (والمعنى) أى ومعنى الوجوب (دفع الضرر) لأن الواجب هو دفع الشر على أى وجه كان لأعين القتل وقوله (المابينا) إشارة إلى ما ذكره من الحديث والمعقول وقوله (وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة) يعنى إذا أصابا على إنسان فقتله المصول عليه عدا يضمن الدية والقيمة وقوله (فأشبه المكره) يعنى إن المكره لما صار مساوياً للاختيار من جهة المكره أضيف التلف إلى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه فأشبه المكره بعود على المكره فيقتله وقوله (قاتل دون مالك) أى لأجل مالك وقوله (فكذا استرداد فى الانتهاء) لأنه أسهل من الابتداء والله أعلم

(قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر الحديث) أقول الحديث يدل (٣٦٩) على إباحة قتله دون وجوبه وكان المدعى

لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ مِنْ شَهْرٍ عَلَى الْمُسْلِمِينَ سَيْفًا فَقَدْ أَطْلَمَهُ وَلَاحِقَ بَاغٌ فَتَسْقُطُ عَصْمَتُهُ بِيَغْيِهِ وَلَاحِقَ تَعْيِينَ طَرِيقَةَ الدَّفْعِ الْقَتْلِ عَنْ نَفْسِهِ فَهَلْ قَتَلَهُ وَقَوْلُهُ فَعَلِيهِمْ وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ خُفِيَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَقْتُلُوهُ إِشَارَةً إِلَى الْوُجُوبِ وَالْمَعْنَى وَجُوبُ دَفْعِ الضَّرَرِ وَفِي سَرِقَةِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَمِنْ شَهْرٍ عَلَى رَجُلٍ سِلَاحًا لِيلاً أَوْ نَهَارًا أَوْ شَهْرٍ عَلَيْهِ عَصَا لِيلاً فِي مِصْرَ أَوْ نَهَارًا فِي طَرِيقٍ فِي غَيْرِ مِصْرٍ فَقَتَلَهُ الْمَشْهُورُ عَلَيْهِ عَمْدًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ مَا بَيْنَنَا وَهَذَا لِأَنَّ السِّلَاحَ لَا يَلْبِثُ فَيُحْتَاجُ إِلَى دَفْعِهِ بِالْقَتْلِ وَالْعَصَا الصَّغِيرَةُ وَإِنْ كَانَتْ تَلْبِثُ وَلَكِنْ فِي السِّلَاحِ لَا يَلْحَقُهُ الْعَوْتُ فَيَضْطَرُّ إِلَى دَفْعِهِ بِالْقَتْلِ وَكَذَا فِي النَّهَارِ فِي غَيْرِ الْمِصْرِ فِي الطَّرِيقِ لَا يَلْحَقُهُ الْعَوْتُ فَذَا قَتَلَهُ كَانَ دَمُهُ هَدْرًا قَالُوا فَإِنْ كَانَ عَصَا لَا تَلْبِثُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ مِثْلَ السِّلَاحِ عِنْدَهُمَا قَالَ (وَأَنْ شَهْرَ الْمَجْنُونِ عَلَى غَيْرِهِ سِلَاحًا فَقَتَلَهُ الْمَشْهُورُ عَلَيْهِ عَمْدًا فَعَلِيهِ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الصَّحِيحُ وَالِدَابَةُ وَعَنْ أَبِي يُونُسَ أَنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ فِي الدَابَّةِ وَلَا يَجِبُ فِي الْعَصِي وَالْمَجْنُونِ لِشَّافِعٍ أَنَّهُ قَتَلَهُ دَافِعًا عَنْ نَفْسِهِ فَيُعْتَبَرُ بِالْبَالِغِ الشَّاهِرِ وَلَاحِقَ بِصِرْطِهِ مَحْمُولًا عَلَى قَتْلِهِ بِفَعْلِهِ فَأَشْبَهَ الْمَذْكُورَ وَالْأَبِي يُونُسَ أَنْ فَعَلَ الدَابَّةُ غَيْرَ مُعْتَبَرٍ أَصْلَاحِي لَوْ تَحَقَّقَ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ أَمَّا فَعْلُهُمَا مُعْتَبَرٌ فِي الْجُمْلَةِ حَتَّى لَوْ حَقَّقْنَا هُمَا عَلَيْهِمَا الضَّمَانُ وَكَذَا عَصْمَتُهُمَا لِحَقِّهِمَا وَعَصْمَةُ الدَابَّةِ لِحَقِّ مَالِكِهَا فَكَانَ فَعْلُهُمَا مَسْقُطًا لِعَصْمَةِ دُونَ فَعْلِ الدَابَّةِ وَلِإِنَّهُ قَتَلَ شَخْصًا مَعْصُومًا وَأَتْلَفَ مَالًا مَعْصُومًا حَقًّا لِمَالِكٍ وَفَعَلَ الدَابَّةُ لَا يَصِلُ مَسْقُوطًا وَكَذَا فَعْلُهُمَا وَإِنْ كَانَتْ عَصْمَتُهُمَا حَقًّا لِعَدَمِ اخْتِيَارِهِمَا فَصَحَّ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ الْقَصَاصُ بِتَحَقُّقِ الْفِعْلِ مِنْهُمَا بِخِلَافِ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ لِأَنَّهُ اخْتَارَ إِصْحِيحًا وَغَالًا لَا يَجِبُ الْقَصَاصُ لَوْ جُودَ الْمُسِيحِ وَهُوَ دَفْعُ الشَّرِّ فَجَبَّ الدِّيَّةُ قَالَ (وَمِنْ شَهْرٍ عَلَى غَيْرِهِ سِلَاحًا فِي الْمِصْرِ فَضَرَبَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ الْآخَرُ فَعَلَى الْقَاتِلِ الْقَصَاصُ) مَعْنَاهُ إِذَا ضَرَبَهُ فَأَنْصَرَفَ لِأَنَّهُ خَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُحَارِبًا بِالْأَنْصَرَفِ فَعَادَتْ عَصْمَتُهُ قَالَ (وَمَنْ دَخَلَ عَلَيْهِ غَيْرَهُ لِيلاً أَوْ خَرَجَ السَّرِقَةُ فَاتْبَعَهُ وَقَتَلَهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَاتِلْ دُونَ مَالِكَ وَلَاحِقَ بِبَيَاحِ الْقَتْلِ دَفْعًا فِي الْإِبْتِدَاءِ فَكَذَا اسْتِرْدَادُ الْإِنْتِهَاءِ وَتَأْوِيلُ الْمُسْتَلْةِ إِذَا كَانَ لَا يَتِمُّكَ مِنَ الْاسْتِرْدَادِ الْإِبَالُ الْقَتْلُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

التمسك بهذا الحديث ههنا بالكلية واكتفى بالدليل العقلي مع كون عادته أن يقتني أثر صاحب الهداية في وضع المسائل وبسط الدلائل

عليه عصا في المصير ثم اراقنته المشهور عليه بالحديد عمدا قتل لأنه قادر على دفع الشرع بنفسه بدون القتل لأن العصا نلبث وفي المصير يلحقه الغوث بالنهار بخلاف السلاح لأنه لا يلبث وبخلاف المغازاة أو كان في المصير لا لا يلحقه الغوث وإن كان الخشب أو الحجر عظميا لا يلبث فهو بمنزلة السلاح في هذا الحكم (قوله فقتله الموصول عليه عمدا ضمن الدية والقيمة) أقول الأولى قطع الكلام عند قوله عمدا أو يتمه بقوله وعند الشافعي لشيء عليه كالأيتحي (قوله يعني أن المكرم لما صار مسلوبا الاختيار الخ) أقول هذا الكلام على هذا التقرير كلام الزايعي من الشافعي والافندي يجب القصاص على المكره والمكره كما مر (قال المصنف وإنما لا يجب القصاص لوجود الميع وهو دفع الشر) أقول دفع الشر واجب كما مر فينبغي أن يراد بالميع ما يعمر الموجب (قال المصنف فتجب الدية) أقول لأن أثر الاضطرار في دفع الأثم والقصاص دون الضمان كالضطر إذا أكل مال الغير (قوله لأنه أسهل من الابتداء) أقول فيه شيء إذ ليس هذا المقام محل ذلك الكلام

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس أتبعه بما هو بمنزلة التسبع وهو القصاص في الأطراف وكلامه واضح قوله (ولامعتبر بكبر السد وصغرهما) لأن منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا ترد الشجة الموضحة إذا أخذت ما بين قرني المشجوج ولم تأخذه من الشاج أكبر رأسه فإن الكبير قد اعتبر وخبر المشجوج بين القصاص بمقدار شجته وبين أخذه أرش الموضحة لأن المعتبر في ذلك الشين وفي الاقتصاص بمقدار ما يقل شين الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فالتقي المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فإن شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته ويترك الصورة وإن شاء أخذ أرشها وقوله (على ما قال في الكتاب) يعني القدوري وهو مأثور عن الصحابة رضي الله عنهم روى أن هذا حدث في زمن عثمان رضي الله عنه فسأل عنه الصحابة رضي الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء على (٣٧٠) رضي الله عنه ففضى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنه وكان

باب القصاص فيما دون النفس

قال (ومن قطع بدغيره عمد من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى والجروح قصاص وهو بني عن المماثلة فكل ما أمكن رعايته فبغيره يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرهما لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن لا مكان رعايته المماثلة قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه) لامتناع المماثلة في القطع وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لا مكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمي المرأة ويجعل على وجهه فطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال (وفي السن القصاص) لقوله تعالى والسن بالسن (وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر) لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال (وفي كل شجة تحقق فيها المماثلة القصاص) لما تلونا قال (ولا قصاص في عظم الإني السن) وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد ولو قلع من أصله يقطع الثاني فيمتثلان

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس إذ الجزء يتبع الكل (قوله لقوله تعالى والجروح قصاص) أي ذات قصاص كذا في التفسير والشروح قال الزيلعي في شرح الكنز أي ذو قصاص أقول لأوجهه لتذكير ذوقنا لا يتعمل ركيب لا ينبغي أن يرتكب بلا ضرورة سيما في تفسير القرآن العظيم (قوله ولو قلع من أصله يقطع الثاني فيمتثلان) قال صاحب الكافي وعامة شراح الكتاب في هذا المقام ولو قلع السن من أصله لا يقطع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما نفسد به لثاته ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن وعزاه الشراح إلى المسبوط أقول أسلوب تحريمهم ههنا محل تعجب فإن أحدا منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكروا المسئلة على

بعضهم من الصحابة رضي الله عنهم قوله (لما تلونا) إشارة إلى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو إشارة إلى قوله وهو بني عن المماثلة وقوله (ولا قصاص في عظم الإني السن) وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما فإن كان السن عظما فلا استثناء متصل ولا بد من فرق بينهما وبين غيرها من العظام وهو إمكان القصاص فيها بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها أو إلى أصلها إن قلعها ولا يقطع

باب القصاص فيما دون النفس

(قوله بما هو بمنزلة التسبع) أقول إنما قال بمنزلة التسبع

قال

لأن القصاص في الأطراف ليس يتابع للقصاص في النفس عندنا حقيقة على ما يجيء في هذا الدرس قال المصنف (قوله تعالى والجروح قصاص) أقول قال الزيلعي أي ذو قصاص وقال البرهان التليني في تفسيره القصاص هنا مصدر يراد به المفعول أي والجروح متقاص بعضها ببعض (قوله ولم يأخذه من الشاج لكبر رأسه) أقول الضمير في قوله يأخذه راجع إلى ما في قوله ما بين قرني المشجوج وضمير رأسه راجع إلى الشاج (قوله لأن المعتبر في ذلك الشين الخ) أقول هذا تعليل لقوله ولا ترد الشجة الخ تقر به لأن المعتبر في ذلك الشين إذ ليس فيه تقويت المنفعة إلى آخر ما قال ويجيء عن المصنف في هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها شينة وبخلاف اليد فإن الشين لا يتفاوت في اليد إذا قطعت (قال المصنف تحمي له المرأة) أقول استثناف بياني الإجماع كرم كردن (قوله وهو إشارة إلى قوله وهو بني عن المماثلة) أقول بل إشارة إلى المجموع كالأجنبي (قال المصنف ولا قصاص في عظم الإني السن) أقول اختلاف الأطباء في السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فنه من يسكر أنه عظم لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل ومنهم من قال هو عظم وكانه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن

لنعذر المائتين فمر بما تفسد به لثاته كذا في المبسوط وإن كان غير عظم كما أشار إليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع وقد اختلف الأطباء في ذلك فذهب من قال هو طرف عصب يابس لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكانه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله (وليس فيما دون النفس شبه عمد) قد ذكره مرة لكنه قد ذكره هناك أنه عمد وههنا أنه عمد وأخطأ فيحمل الأول على أن المراد به أن أمكن القصاص وذلك لأن شبه العمد إذا حصل فيما دون النفس وأمكن القصاص جعل عدا روى أن الربيع عمه أنس بن مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية من الأنصار ببطمة فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص والطمة إذا أتت على النفس لا توجب القودون لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب الأرض وقوله (ولا قصاص بين الرجل والمرأة) ظاهر وقوله (لا في الحري يقطع طرف العبد) يعني لا يجب القصاص فيه عنده أيضا والشافعي رحمه الله أخذ بقول ابن أبي ليلى (٢٧١) وسلك في الباب طريقتين يقاسمهما وهو

اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الاطراف لكونها تابعة لها

قال (وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أخطأ) لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلاف ما دون النفس لانه لا يختلف انلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ (ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحري والعبد ولا بين العبدين) خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحري يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالنفوس لكونها تابعة لها

خلاف ما ذكر في الكتاب وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب اما بالقبول واما بالرد فكأنهم لم يروه أصلا نعم القول الذي نقلته هنا عن المصنف غير مذهب كورني بعض النسخ لكنه واقع في كثير من النسخ ليس عثمانية أن لا يطلع عليه أحد من الشراح كيف وقد أخذ صاحب الوقاية فذكره في منته حيث قال ولا قود في عظم السن فتعلق ان قلعت وتبردان كسرت وكان مأخذ من الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبها وكذا ذكر في كثير من المتون ثم ان التحقيق ههنا هو أنه اذا قلعت سن غيره هل يقطع سنه قصاصا أم يرد بالميرد الى أن ينتهي الى اللحم فيه روايتان كما أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ان كانت الجناية تكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالميرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا بالتناقض وان كانت الجناية يقطع سن ذكر القود يرى أنه لا يقطع سن القاع ولكن يرد سن القاع بالميرد الى أن ينتهي الى اللحم ويسقط الباقي واليه مال شمس الأئمة السرخسي وذو كرشح الإسلام في شرحه أنه يقطع سن القاع واليه أشار محمد رحمه الله في الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزاع والسزاع والقطع واحد وفي الزيادات نص على القاع الى هنا لفظ المحيط (قوله وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أخطأ) قال صاحب العناية قد ذكره مرة لكنه ذكره هناك أنه عمد وههنا أنه عمد وأخطأ فيحمل الأول على أن المراد به أن أمكن القصاص انتهى أقول يرد عليه أن مراد المصنف لو كان ذلك لما تم ما ذكره صاحب العناية في شرح كلام المصنف هناك بأن قال يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أخطأ فان مقتضى ذلك الشرح أن لا يكون بين كلامي المصنف في المقامين فرق كما لا يخفى ثم أقول التحقيق أن ما ذكره المصنف ههنا عبارة القود وري وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه وان لكل واحد من العبارتين معنى مغاير للمعنى الأخرى فان ما سبق هكذا وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها ومعناه أن ما يكون شبه عمد في النفس وهو تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى

(قوله فيحمل الأول على أن المراد به الخ) أقول فيه بحث بل الأول محمول على ما اذا تعمدوا غما سقط القصاص في بعض المواضع لتعذر المماثلة وذلك لا يخرج عن العمدية كما اذا قتل الأب ابنه عمدا والثاني ما يعتمد التعمد وغيره فتدبر اذا ضمير في قوله انما هو عمد أخطأ عائد الى ما فيما دون النفس من الجناية لا الى شبه عمد كما لا يخفى فلا يخالف الثاني الأول اذ ليس الموضوع فيها واحدا ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر

بأن يقال ليس الموضوع في الموضوعين واحدا فانه في الأول شبه العمد وههنا ما يوجد فيما دون النفس من الجناية مطلقا فلا مخالفة حتى يحتاج الى التاليف وعدم جريان القصاص في بعض صور التعمد لا يخرج الجناية عن العمدية فانه لما منع كما اذا قتل الأب ابنه عمدا فليست أم (قوله وان لم يمكن القصاص جعل خطأ) أقول بل عمد وسقوط القصاص لما منع (قال المصنف ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس الخ) أقول قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص الحربي منه والمستأمن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيص الباقي بخبر الواحد فخصصناه بما رويته انتهى وفيه أنه يجوز أن يكون خروجهما من هذا الحكم بالنسخ فتأمل ثم قوله فخصصناه بما رويته أراد به ما روى عن عمران بن الحصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاخصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض عليه الصلاة والسلام بالقصاص كذا ذكر في الكفاية ونحن نقول لا يخفى أن هذا لا يكفي لتخصيص مواضع النزاع فالماكل القياس

(ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال فيعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو) أي التفاوت (معاوم قطعاً بتقويم الشرع) فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بمحمسة دینار قطعاً وبقینا ولا تبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحر والظن فلا تكون مساوية ليد الحر يقيناً فاذا كان التفاوت معلوماً قطعاً أمكن اعتباره (بمخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله) فان قيل ان استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدین لا مکان التساوی فی قیمتہما بتقویم المقومین وأوجب بأن التساوی انما يكون بالحرز والظن والممانعة المشروطة شرعاً لا تثبت بذلك كالممانعة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البذل وانه لا يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل فالجواب (٢٧٢)

كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعاً مطلقاً والشال ليس منه فمعتبر مانعاً من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا مالياً ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك به مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة تنسب به الممانعة ينبغي أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لثلاثاً يلزم أن يكون باذلاً للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط حائز دون البذل بالاطراف والباقي ظاهر

(قوله فالجواب أنا قد ذكرنا أن الاطراف) أقول وأجاب في الكفاية بأن شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتاً باعتبار

ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال فيعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع فأمكن اعتباره بمخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله وبمخلاف الانفس لان المثلث اذهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر) للتساوي بينهما في الارض

السلاح عند أبي حنيفة وبما لا يقتل به غالباً عند أبي يوسف ومحمد والشافعي فهو عند فمساوى النفس سواء أمكن القصاص به أو لم يمكن لما منع يمنع عنه فان سقوط القصاص لما منع يقع في القتل العمد في النفس كما اذا قتل الاب ابنه عمداً وكما اذا أورت الابن قصاصاً على أبيه فلان يقع في العمد في الاطراف أولى ومعنى قوله ههنا انما هو عمد أو خطأ أن الذي كان فيمادون النفس عمداً أو خطأً لأن شبه العمد عمد أو خطأً فان ضمير هو في قوله انما هو عمد أو خطأً راجع الى ما كان فيما دون النفس لا الى شبه عمد أو خطأ لان يكون شبه العمد خطأً في النفس ولا في الاطراف لان ندم الضرب معتبر في مفهومه وشبه العمد ولا يتصور ذلك في الخطأ فاذا كان معنياً الكلامين في المقامين مختلفين بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج الى توجيه ما سبق بأن المراد به ان أمكن القصاص بل لا وجه له كما تحققته مما قدمناه تبصر (قوله ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيعدم التماثل بالتفاوت في القيمة) قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والأذن بالأذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربي والمستأمن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روى عن عمران بن حصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى أقول فيه نظر أما أولاً فلانه قد تقرر في علم الاصول أن النص العام اذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنياً في الباقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد وأما اذا أخرج من النص العام شيء بما هو موصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنياً في الباقي بل يكون باقياً على حاله الاولى ولا شك أن مخرج الحربي والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الأصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد

الاصل كتنقصان طرف الاتي والعبد عن طرف الحر والذي كرمع شرع القصاص لا تنفاه محله وان كان التساوي قال في الاصل ثابتاً والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعاً فيمتنع استيفاء الكامل بالنقص دون عكسه اذ رضى به صاحب الحق انتهى وكلامه وكلام الشيخ أكل الدين محل كلام فتأمل ثم اعلم أن في ألفاظ الكفاية نوع خفاء يحتاج الى البيان فنقول قوله باعتبار الاصل أي القيمة وقوله منع شرع القصاص الخ يعني كالأموال الربوية اذا قوبلت بجنسها والمساواة في القدر غير معلومة وقوله وان كان التساوي في الاصل ثابتاً أي باعتبار القيمة وقوله والتفاوت باعتبار أمر عارض أي كالشال والصحة (قوله فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعاً مطلقاً والشال ليس منه) أقول أي ليس من التفاوت المالى (قوله لثلاثاً يلزم أن يكون باذلاً) أقول يعني لقطع الشلاء ألزم القاطع بذل الزيادة في يده الصحيحة اذا أوجبنا القطع (قوله للزيادة في الاطراف) أقول على تقدير رضا القاطع بالقصاص وأما بدون رضا فلا مجال للجبر لانه كالجبر بالغاء الجيد في مقابلة الردى (قوله لانه اسقاط) أقول يعني من المقطوع يده الصحيحة

القصاص) لانه لو زال
الشلل قبل أن يستوفي
الارش لم يكن له الا القصاص
وهذا عندنا وعند
الشافعي رحمه الله أن
الواجب أحد الشيتين
اما القصاص أو الارش
فاذا تعذر أحدهما الفوات
محله تعين الآخر

قال (ومن قطع يدرجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه) لانه لا يمكن
اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرية نادرا فيمضي الثاني الى الهلاك ظاهرا
قال (واذا كانت يدا المقطوع صحيحة وبدا القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع
اليدين المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء أخذ الارش كاملا) لان استيفاء الحق كلام متعذر فله أن يتجاوز دون
حقه وله أن يعدل الى العوض كالمثل اذا انصرم عن أيدي الناس بعد الاتفاق ثم اذا استوفاهما انقصا
فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردى مكان الجيد (ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه
أو قطعت ظلما فلا شيء له) عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينقل الى المال باختياره فيسقط
بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقته حيث يجب عليه الارش لانه أوفى به
حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى

(قال المصنف وان شاء
أخذ الارش) أقول هذا
هو ظاهر الرواية وذكر
الطحاوي عن علي الرازي
الكبير أنه قال لا يخبر فان
القصاص فمادون النفس
يعتمد المساواة في المحل
ولا ينظر الى الصغير والكبير
كما في اليد الكبيرة والصغيرة
كذا في شرح الكاكي
وذكر الزيلعي الفرق في
شرح الكاكي في مسألة قطع
اليدين وقال لم يعتبر بها
الكبير والصغير في العضو
واعتر في الشجة في الرأس
اذا كانت استوعبت رأس
المشجوع وهي لا تستوعب
رأس الشجاع فأنبت
للمشجوع الخصار ان شاء
أخذ الارش وان شاء
اقتص وأخذ بقدر شجته
وانما كان كذلك لان
ما يلحقه من الشين أكثر
لان الشجة المستوعبة
لما بين قرنيه أكثر شينا من
الشجة التي لا تستوعب
قرنيه بخلاف قطع العضو
فان الشين فيه لا يختلف

وقد منا غير مرة نظير هذا النظر في محاله وأما ثانيا فلان حديث عمران بن حصين انما يفيد عدم
جريان القصاص في الأطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيها بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد
فبقى الاعتراض باطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب والصواب عندني في الجواب
أن يقال ان الآية المذكورة اية القصاص والقصاص ينبي عن المماثلة فالمراد بما في الآية المذكورة
ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسيره هاتيك الآية من التنزيل حيث قال
ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة وأشار اليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال وهو
ينبي عن المماثلة فكل ما يمكن رعايته فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وأشار اليه ههنا أيضا حيث
قال في عدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم تكن الآية المذكورة مجرأة على ظاهر اطلاقها حتى
يكون اطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه وكيف يتصور أجزاؤها على ظاهر اطلاقها ولا قصاص في العين
اذا قلعها بالاجماع لعدم امكان المماثلة في القلع وكذا الحال في قطع اليد والرجل من غير المنفصل
وكذا فيما اذا قطع الطرف العبد فظهر أن المدار في وجوب القصاص امكان المماثلة وان معنى النظم
الشرع مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الاطلاق ثم انه بقي في هذا المقام اشكال
قوي ذكر في عامة الشروح وهو أن يقال سلنا وجود التفاوت في القيمة في الأطراف وأنه يمنع الاستيفاء
لكن المعقول منه أن يمنع استيفاء الاكل بالانقص دون العكس ألا يرى أن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم
لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل أيضا والشراح كانوا في طريق دفعه طرائق قد دافعا قال صاحب العناية
فالجواب أن قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب
أن يعتبر التفاوت المالى ما نعاما مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر ما نعاما من جهة الأكل لانه من حيث انه ليس
تفاوتا ماليا ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه موجب تفاوت في المنفعة ينتفي به
المماثلة ينبغي أن يعتبر قلنا يعتبر من جهة الأكل لثلاث لزم أن يكون باذلا لا يادة في الأطراف ولا يعتبر
من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالاطراف انتهى أقول فيه بحث أما أولا
فلان ما ذكره من أن التفاوت المالى يجب أن يعتبر ما نعاما مطلقا وأما ما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا
للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر ما نعاما من جهة الأكل ولا يعتبر ما نعاما من جهة الانقص فتحكم ببحث
لان العدالة التي أقامها على أن الثاني لا يعتبر من جهة الانقص وهي أنه اسقاط والاسقاط جائز في
الأطراف دون البذل متمشية بعينها في الاول أيضا اذ لا شك أنه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة
يجوز له اسقاط حقه المالى أيضا بالتفاوت بينهما فينبغي أن لا يعتبر التفاوت المالى أيضا ما نعاما
جهة الانقص وأما ثانيا فلان كون الشلل محالا لا يوجب التفاوت المالى بمشروع كيف وقيمة اليد
تفاوت بالصحة والشلل قطعاً فان الشرع جعل أرض اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل

قال (ومن شجر رجلا فاستوعبت الشجرة ما بين قرنيه الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بحدار شجته ينتدئ من أى الجانبين شاء وأن شاء أخذ الارش) لان الشجرة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين زيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فخير كافي الشلاء والصحة وفي عكسه بخير أيضا لانه يتعذر الاستيفاء كمالا للتعدى الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجرة في طول الراس وهي تأخذ من جهته الى قناه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر) وعن أبي يوسف أنه اذا قطع من أصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينسط فلا يمكن اعتبار المساواة (الا أن تقطع الحشفة) لان موضع القطع معلوم كالفصل ولو قطع بهض الحشفة أو بعض الذكرك فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله أو بعضه لانه لا ينقبض ولا ينسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لا مكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

أرض اليد الشلاء محكومة عدل كما صرح حوايه في الديات وأشار اليه صاحب الغاية ههنا أيضا حيث قال في أثناء تعامل المسئلة التي نحن فيها ولا نأرش الاطراف مختلف فصارت كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع الاشكال المذكور قلنا انما اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلت بمعنى يمنع استيفاء الكل بالانقص دون العكس فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما ما يصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو أن التفاوت اذا كان لمعنى حسي فمن له الحق اذا رضى بالاستيفاء يجعل مبرئا لبعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جائز وله هذا الاستوفى الا كل بالانقص وان رضى به القاطع لانه يكون بالرضا باذلا للزيادة ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء منها بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى واقتضى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول وفيه أيضا بحث اذا الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت الحكمي في استيفاء الانقص بالا كمل تحكم أيضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشئين بالكمال والنقصان فصاحب الا كمل ان رضى بان يستوفى في الانقص من صاحب الانقص بمقابلة الا كمل بصير مسقطا لبعض حقه مستوفيا لما بقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت أمرا حسيا أو أمرا حكما وأما صاحب الانقص فان رضى بأن يستوفى منه صاحب الانقص الا كمل بمقابلة الانقص بصير باذلا لزيادة حقه بالضرورة أيضا لا تفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا أو حكما والبذل في الاطراف غير جائز بلا خلاف وأما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور قلت لان سلم أن اسقاط بعض الحق وبذل زيادة فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كثير من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان فلا جرم يكون الرضا بالنقص منها عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ابقاء الكامل منها بديل الناقص بذلا للزيادة كيف ولو سلم ذلك لزم أن لا يتم أصل دليل المسئلة التي نحن بصدد هاهنا مدار ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقيق التفاوت الحكمي بينها وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد من طرف الذكروا الحر منع شرع القصاص لان انتفاء محله وان كان التساوى في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضى به صاحب الحق انتهى ويقرب

وقوله (ومن شجر رجلا) قد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع أكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله (وفي عكسه) بخير أيضا وهو أن يكون رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج لانه ان استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان أزيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون حقه فيختير بين الاقتصاص وأخذ الارش والباقي الى اخره ظاهر

(قال المصنف لان الشجرة موجبة لكونها مشينة فقط) أقول يعني لا لكونها مفقوتة للنفعة اذ ليس فيها تفاوت المنفعة كما في قطع اليد ففيه اشارة الى الفرق بينهما فتأمل

فصل لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة (إذا اصطح القاتل وأولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان أو كثيرا إذا على مقدار الدية لقوله تعالى فن عني له من أخيه شيء الآية على ما قيل إنها نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن (٢٧٥) والفضالة ومجاهد وهو موافق للام

فان عفا إذا استعمل باللام كان معناه البذل أي فن أعطى من جهة أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع أي فن أعطى وهو ولي القتل مطالبة بدل الصلح عن مجاملة وحسن معاملة وانما قال على ما قيل لان أكثر المفسرين على أنها في عفو بعض الأولياء يدل عليه قوله شيء فإنه يراد به البعض وتفسيره فن عني عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمرو ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم فاتباع بالمعروف أي فليتباع غير العاق بطلب حصته بقدر حقه وليؤد القاتل اليه حقه وأفيا من غير نقص ولقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فأهله يئن خسرته إن شأوا قادوا وإن شأوا أخذوا الدية قال المصنف رحمه الله (والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه) يعني

فصل قال (وإذا اصطح القاتل وأولياء القتل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى فن عني له من أخيه شيء الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولأنه حق ثابت للورثة يجزى فيه الاسقاط عفوًا فكذلك تعويضا لا اشتمالا على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره وإن لم يذكر وأحالا لا مؤجلا فهو حال لأنه مال واجب بالعقد والأصل في أمثاله الحل نحو المهر والتمن بخلاف الدية لأنها ما وجبت بالعقد قال (وإن كان القاتل حرا وعيدا فأمر الحرة ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمه ما على ألف درهم ففعل فالألف على الحر والمولى نصفان) لأن عقد الصلح أضيف إليهما (وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية)

من هذا رأيت تاج الشريعة في الفرق بين المستثنين أقول وفيه أيضا بحث لأنه إن أريد أن شرع لقصاص بعمد المساواة بحسب الأصل ولا اعتبار للفرق بحسب أمر عارض يلزم أن يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالنقص وهو الأشل كما يجوز عكسه لأنهما متساويان بحسب أصل الخلقة والفرق بينهما بحسب أمر عارض وهو الشلل مع أنه لا يجوز استيفاء الكامل بالنقص بل لا ريب وإن أريد أن شرع القصاص بعمد المساواة من كل الوجوه لا يمكن يجوز استيفاء الناقص الكامل إذا رضى صاحب الحق به لرضا صاحب الحق بأسقاط بعض حقه لا لتحقيق المساواة المعتبرة في شرع القصاص فمع إياه عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم أن يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل أيضا إذا رضى الرجل به لوجود رضا صاحب الحق بأسقاط بعض حقه في هاتيك الصورة أيضا مع أنه لا يجوز عندنا أصلا قتلا حق التأمل فاعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشتكال عنه بالمرء مما تسكب فيه العبرات

فصل قال في العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان الصلح عن القصاص مسألة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسألة وحدها لا يكتفي في اتباع جميع ما مثله هذا الفصل من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى وأما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها إنما يقتضي مجرد اتباعه ذلك وتأخيره عنه لا ذكره في فصل على حدة فاعني قوله في تالي الشرطية المذكورة أتبعه ذلك في فصل على حدة (قوله ولأنه حق ثابت للورثة يجزى فيه الاسقاط عفوًا فكذلك تعويضا) أقول لقاتل أن يقول لا يلزم من جريان الاسقاط عفوًا في شيء جريانه تعويضا أيضا فيه ألا يرى أن الشفيع اسقاط حق شفعته بلا عوض بعد أن ثبت له حق الشفعة ولا يصح أن يصالح عن حق شفعته على مال كما مر في كتاب الصلح فليتأمل في الدفع (قوله وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) أقول في عبارة الكتاب ههنا فتور من وجوه الأول أن كلمة عفا تعدى بعين وقد عداها في الكتاب عن حيث قال من الدم والثاني أنه يقال صالح عن كذا على عوض وذلك في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال أو صالح من نصيبه على عوض والثالث أن عبارة النصيب في قوله أو صالح من نصيبه توهم تجزى

أنه ليس للولي العدول إلى المال إلا برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله (نص مقدر) بكسر الدال وقوله (كالخلع وغيره) يعني كالاتفاق على مال

فصل وإذا اصطح القاتل (قوله فإنه يراد به البعض) أقول توهم تجزى القصاص

وقوله (خلافاً لما لك والشافعي رحمه الله في الزوجين) قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما ونقل عن المبسوط والأيضاح والأسرار ما يدل على خلاف مالك في الدية خاصة وإن الشافعي يقول النساء لا تستوفى القصاص ولهن (٢٧٦) حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لاحظ للزوجين في القصاص

وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين لهما أن الورثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لأنقطاعه بالموت ولأننا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم

القصاص لأن النصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر أن القصاص غير منجز فيثبت كلال لكل واحد من أولياء القتل فالأظهر في وضع هذه المسئلة أن يقال وإذا عفا أحد الشركاء عن الدم أو صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقي في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعبير بالنصيب إنما أصاب المحز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لأن الدية متجزئة لكونها من قبيل الأموال فكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الارث وأما حق التعبير في شأن القصاص فإن يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما ثبتنا عليه ومن هذا قال المصنف عند تقرير دليلنا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقي فيه لأنه لا يتجزأ (قوله وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين) قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما ونقل عن المبسوط والأيضاح والأسرار ما يدل على أن خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة وأما في حق القصاص ففيه خلاف ابن أبي ليلى في الزوجين ونقل عن الأسرار أن الشافعي يقول لاحظ للنساء في استيفاء القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والأيضاح والأسرار أقول فيه نظر لأن ما ذكر في الكتاب أغا يكون مخالفاً لرواية تلك الكتب لو كان معناه أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية جميعاً عند مالك والشافعي وهو غير مسلم لجواز أن يكون قول المصنف خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين متعلقاً بقوله وكذا الدية وحده لا يجمع قوله وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية ولا يتخلو عن نوع إرشاد إليه فصل قوله وكذا الدية بذ كر لفظه كذا إذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف أيضاً لقال وأصل هذا أن القصاص والدية حق جميع الورثة خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافاً لما لك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئاً لأن وجوبه بعد الموت والزوجة تنقطع به انتهى حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ويوافقه تاجر صاحب الكافي هنا حيث قال والأصل أن القصاص حق الورثة وكذا الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيئاً انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو مؤاخذه ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهم ما نقله انتهى أقول بل ما ذكره نفسه ضعيف لأن صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية بل أراد بيان مخالفتها لما في الكتب الثلاثة المعتمدة المقبولة بين الفقهاء لاسيما المبسوط والأسرار فإن صاحبهما من أساطين الأئمة ولا نسلم أن المشهور من مذهب مالك والشافعي أن ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً بل المشهور من مذهبهم ما ذكر في تلك الكتب فالوجه التوفيق بين ما ذكره وبين ما ذكر في الكتاب بما نهى عليه آنفاً (قوله ولأننا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم) أقول

والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والأيضاح والأسرار وهو مؤاخذه ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهم ما نقله وقوله (لهم أن الورثة خلافة) يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر شيئاً وهو باطل ولكن يحمل على أن معناه الورثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا السبب لأنقطاعه بالموت والقصاص والدية أغا يجبان بعد الموت وقتلنا أنه فاسد بالنقل والعقل أما الأول فحديث امرأة أشيم الضبابي بكسر الصاد المعجمة كما ذكره في الكتاب وأما الثاني فلا تنههم موروثان كسائر الأموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لأن وجوبهما أولاً لليت ثم ثبت للورثة (قوله وإن الشافعي يقول النساء لا تستوفى القصاص إلخ) أقول هذا وجه للشافعي وما ذكره المصنف في القصاص وجه آخر ذكر ذلك في كتبهم والصحيح مقابلهما (قوله والمشهور

من مذهبهم ما نقله) أقول بل الصحيح من مذهب الشافعي ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا ولأنه صرح في كتبهم (قوله وقوله لهما أن الورثة خلافة يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر) أقول ولا المولى المقتوع وعصته لكن لهما أن يقولوا القياس عدم التوريث والتوريث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما ملكه المورث وتركه فيقتصر على مورده (قوله الورثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه إلخ) أقول قوله وهي راجع إلى الورثة وضمير فيه راجع إلى ما في قوله فيما يجب

ولا يقع لليت الابن بسند الوجوب الى سببيه وهو الجرح فكنا كسائر الاموال في ثبوتهم ما قبل الموت الا ترى أنه اذا أوصى بثلاث ماله دخلت ديبته فيها وتنقضي منه ديونته وكان على

(٢٧٧)

رضي الله عنه يقيم الدية على من أحرز الميراث وكفى به قدوة واذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح وقوله (لان الواجب نصف الدية) يعني بالعفو فيكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد انسان خطأ وقتلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجرح وكلمه مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه كالالف المؤجل الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك وقوله (والواجب في اليد) جواب اعتباره وهو واضح

ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت سائر الورثة والزوجة تبقى بعد الموت حكما في حق الارث أو يثبت بعد الموت مستقدا الى سببيه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا واصلها ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقي فيه لانه لا يتجزأ بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهما واحد لا اتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقي مالا لانه امتنع عني راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريرين وعفا أحدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عد

فيه شيء وهو أن هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجة في حق الدية ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والجمدة ههنا هو الثاني وانما ذكر الاخر استطرادا كما ترى (قوله ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت سائر الورثة) أقول فيه أيضا شيء وهو أن هذا التعليل وان كان يتم شيء في القصاص أيضا لانه لا يتم شيء فيه على أصل أبي حنيفة وانما يتم شيء فيه على أصل أبي يوسف ومحمد فانه سيحجي في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص طريقه طريق الورثة عندهما كالدين والدية وأما عنده فطريقه طريق الخلاف دون الورثة فلا يصح أن يقال من قبله انه حق يجري فيه الارث مع أن المدعى ههنا وهو قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه أن ثمنها فاطمة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالخلاف فيه وقول المصنف في ثبوتها حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدي نفعا لانه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذ لا خلاف فيه بين أئمتنا الثلاثة فان حق القصاص هناك يثبت عندهم جميعا للمورث الغير المقتول قبل موته وارثة من المقتول عندهما وخلافه عنه لا وارثة عنه أبي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنده بل انما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتسني صدور كما ستطلع على تفصيله في بابها والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على أصله فليست أم ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل وأما الثاني فلانهم ما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما أولا لليت ثم يثبت للورثة ولا يقع لليت الابن بسند الوجوب الى سببيه وهو الجرح فكنا كسائر الاموال في ثبوتها ما قبل الموت انتهى أقول قد زاد هذا الشارح ههنا نعمة في الظهور حيث زاد فسادا على فساد لانه مع اتيانه في تضاعيف شرحه بما يقرر أن لا يتم هذا التعليل على أصل أبي حنيفة وهو قوله لان وجوبهما أولا لليت ثم يثبت للورثة صرح بانهم ما يعني القصاص والدية موروثان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت أن القصاص ليس بموروث من المقتول عند أبي حنيفة بخلاف سائر الاموال فالتصريح بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادي الى سبيل

(قال المصنف لانه لا يتجزأ) أقول فيه بحث لان قضية عدم التجزئ أن يسقط في حق العافي كلا كتبوت له كلا ولا يستلزم ذلك سقوط حق الباقيين الا أن يقال لما كان الحق واحدا أو رث سقوطه في حق البعض شبهة السقوط في حق الباقيين لتبوت من وجه دون وجه فليست أم ويمكن

توجيه كلام المصنف بذلك (قوله كالألف المؤجل الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك) أقول فيه شيء جوابه سهل

قال (واذا قتل جماعة واحدا الخ) اذا تعدد القتلى اقتض من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنه ترك مجاروي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلتهم والتماثل والتعاون وصنعاء الذين قصبها وروى عن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قتل جماعة بواحد وكانت العصاة رضي الله عنهم متوافرين ولم يسكر عليهم أحد دخل محل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالب الا بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب من جرعة فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل لعله أن لا قصاص فيؤدى الى سد باب القصاص ولقائل أن يقول ماذا كرم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع (٣٧٨) عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدم المؤيد بقوله تعالى

ان النفس بالنفس والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المستتبعة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد واذا كانت المسئلة بالعكس وحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكر في الكتاب

قال المصنف (واذا قتل جماعة واحدا اقتض من جماعتهم لقول عمر لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلتهم) أقول فان قيل لم يستدل بقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى قلنا لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد تأمل ثم في قوله لقول عمر

قال (واذا قتل جماعة واحدا اقتض من جميعهم) لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرعة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء (واذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقيين)

الرشاد (قوله واذا قتل جماعة واحدا اقتض من جميعهم) لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلتهم) قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدى وفي النقصان من الجس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هاتمي يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثالا للواحد فكيف تكون العشرة مثالا للواحد وايد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن تركناه هذا القياس لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلتهم به انتهى كلامه أقول فيه بحث لانه صرح بأن هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بدلول الآية المذكورة وذلك لا يجوز مجاروي عن عمر رضي الله عنه لان عمر رضي الله عنه ان كان منفردا في قضائه وقوله المزبور بن فظا هر لان قول مهايى واحد وقوله لا يصلحان للعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه وان انضم اليه اجاع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم يسكر عليه أحد منهم فحل محل الاجماع كما صرح به في العناية وغيره فافك ذلك ان قد تقرر في علم أصول الفقه أن الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشيء منهما فالحق في أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما في مقتضى القياس في هذه المسئلة وأن يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيمحي ههنا الكلام في التوفيق بينهما بعد هذا القول (قوله ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرعة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء) قال صاحب العناية لقائل أن يقول ماذا كرم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدم المؤيد بقوله تعالى ان النفس بالنفس

رضي الله عنه لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلتهم بحث لانه يجوز أن يكون بطريق السياسة بقرينة الاضافة الى نفسه كما سبق في باب ما يوجب القصاص قال المصنف (ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرعة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء) أقول تقرير الدليل القتل بطريق التغالب فساد غالب وكل فساد غالب يحتاج الى من جرعة للسفهاء فالقتل بطريق التغالب يحتاج الى من جرعة من جرعة القتل العمد والقصاص (قوله لا يكون معتبرا في الشرع) أقول لان العقوبات لا تثبت الا بعنسل هذه الأقيسة (قوله وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه) أقول وهو انتفاء المماثلة والمساواة (قوله وقوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافيه لأنهم في ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد) أقول ويجوز أن يقال لما أضيف ازهاق الروح الى كل واحد منهم كلا كان المقتول كأنه أشخاص متعددة ولعل هذا أنسب وأظهر مما ذكره الشارح ألا يرى الى قوله ولنا أن كل واحد قاتل بوصف الكمال الخ

(وقال الشافعي رحمه الله يقتل

بالاول منهم ويجب المال
للباقين) يعني ان قتلهم على
التعاقب وان قتلهم جملة
أو جهة - بل الاول قتلهم
وقسم الديات بينهم أو يفرع
وقوله (وهو القياس في
الفصل الاول) وهو ما اذا قتل
جمعة واحدا (الا أنه عرف
بالشرع) يريد قضية عمر
رضي الله عنه (ولنا أن كل
واحد منهم) أي من أولياء
القتلى (قائل قصاصا بوصف
الكامل لأنه لا يتجزأ أصله
الفصل الاول) فان الجماعة
تقتل بالواحد اتفاقا ولو لم
يكن بينهما مماثلة لما جاز
ذلك واذا كانت الجماعة ممثلة
لواحد كان العكس كذلك
لان المماثلة بين الشبثين
انما تكون من الجانبين
وقوله (ولانه وجد من كل
واحد منهم جرح الخ) يعني أن
القتل جرح صالح لازهاق
الروح وقد وجد من كل
واحد منهم بحيث انه لو انفرد
عن الباقي كان قاتلا
بصفة الكامل والحكم اذا
حصل عقيب على لاد
من الاضافة اليها فاما أن
يضاف اليها نوزيعا أو كذا
والاول باطل لعدم التجزي
فتعين الثاني ولهذا اذا حلف
جماعة كل منهم أن لا يقتل
فلانا فاجتمعوا على قتله
خشوا

قال المصنف (ولانه وجد

من كل واحد جرح صالح

لازهاق) أقول هذا الوجه تفصيل وشرح للوجه الاول كما لا يخفى

وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقيين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت
الديات بينهم وقيل يفرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له أن الموجود من الواحد قتل والذى تحقق
في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا أنه عرف بالشرع ولنا أن كل واحد
منهم قاتل بوصف الكامل بخلاف التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه
وجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزأ

والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المستترية على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على
ذلك بقوة أثره الباطن وهو احياء حكمه الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق
الروح الغير المتجزئ كشخص واحد انتهى كلامه أقول فيه نظران جعل الاشخاص المتعددة الذوات
في الحقيقة كشخص واحد مجرد صدور ازهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم وجعلهم مساوين
لشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد
جدا عن مساعدة العقل والنقل وأيضا ينافي هذا ما سياتي في تعليل المسئلة الآتية من أن الأصل عند
أئمتنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكامل فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد
رؤوسهم فصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندى هنا أن يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس
لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة اذ دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس
النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتص النفس بغير النفس كما في قوله تعالى
والعين بالعين والانف بالانف ونحوهما وأما أنه هل يتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد
النفس في جانب القاتل أو المقتول فاعلم يا سيدي فتفاد ذلك من دليل آخر ألا يرى أن العين اليمنى لا تقتص
بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظر الى ظاهر اطلاقه بل انما
يستفاد ذلك من دليل آخر فكذلك هنا تبصر (قوله ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكامل بخلاف
التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص) أقول فيه اشكال أما أولا فلا ن
كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكامل أمر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على
معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقر في موضعه وأما ثانيا فلا ن شراح الكتاب وغيرهم صرحوا
في الفصل الاول بأن جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص
المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بدية الكثائر كتنا القياس باجتماع الصحابة على قتل
جماعة بواحد فالقول ههنا يتحقق التماثل في الفصل الاول أيضا ينافي ذلك اذ يلزم حينئذ أن يكون
جواب المسئلة هنالك جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل
بوصف الكامل حقيقة بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكامل في اعتبار الشرع تحققة المماثلة
المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العلتين المستقلين بالاجتماع
على معلول واحد بالشخص ممنوع عقلي واعتبار الشرع ما هو ممنوع الوقوع واقعا مما لا وقوع له في شيء
ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بأن شرع المماثلة في القصاص لثلاث
الظلم على المعتدى على تقدير الزيادة ولثلاث يلزم الجنس الحق المعتدى عليه على تقدير النقصان ولا شك
أن الظلم والجنس انما يسند فعمان يتحقق المماثلة الحقيقية وأما في مجرد اعتبار غيرة المماثل مماثلا فلا
يخلو الأمر عن الظلم أو الجنس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في أحكام الشرع (قوله ولانه وجد
من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزأ) أقول لقاتل أن يقول
حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الاول ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكامل فلا وجه لجعله
دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد الخ ثم ان صاحب العناية

(ولان القصاص شرع مع المنافي) وهو قوله صلى الله عليه وسلم الا دعي بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب (لتحقيق الاحياء وتحقيق الاحياء قد حصل
بقتله) أي بقتل القاتل (فاكتفى به) ولا شيء لهم غير ذلك وقوله (٣٨٠)

(ومن وجب عليه القصاص) ظاهر قال (واذا قطع رجلا من رجل واحد الخ) تعدد الجاني في الاطراف ليس كعدد في النفس عندنا فاننا قطع ابدافلا قصاص أصلا وقال الشافعي رحمه الله ان وضع أحدهما السكين من جانب والاخر من آخر وأمر أحق التقي السكينان فالحكم كذلك لان كلا منهما لم يقطع الا بعض البدن فلا يقطع به كل يده وان أخذنا سكيناً وأمرها على يده حتى انقطعت قطعت أيديهما اعتبارا بالنفس اما لكونها تابعة لها واما ان يجمع بينهما مجامع الزجر ولنا أن كلا منهما قاطع بعض البدن سواء كان المحل متحدا أو مختلفا لاننا علم أن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر وقاطع بعض البدن لا يقطع كل يده قصاصا لا تنفاه المماثلة وهذا لان المحل متجز فان قطع بعض وتترك بعض متصور فلا يمكن أن يجعل كل واحد فاعلا ككلا بخلاف النفس فان الانزهاق لا يتجزأ وقد

ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص) لقوات محل الاستيفاء فأشبهه موت العبد الجاني ويتأني فيه خلاف الشافعي اذا لوجب أحدهما عنده قال (واذا قطع رجلا من رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية) وقال الشافعي تقطع يدهما والمفروض اذا أخذنا سكيناً وأمرها على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالنفس والأيدي تابعة لها فأخذت حكمها ويجمع بينهما مجامع الزجر ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض البدن الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل متجز فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا تماثل بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزأ ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع البدن المفصل في حيز الصدر لا تقتاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال (وعليه ما نصف الدية) لانه دية البدن الواحدة وهما قطعاهما (وان قطع واحد عيني رجلين فخصر اقلهما أن يقطع يده وبأخذنا منه نصف الدية بقسماته نصفين سواء قطعهما معاً وعلى التعاقب) وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القرآن يقرع لان البدن استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها الثاني كالرهن بعد الرهن وفي القرآن البدن الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا أنهم استوفوا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة

قال في شرح هذا الدليل يعني أن القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقي كان قاتلاً بلاصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما أن يضاف اليها نوز بعا وكلا والاول باطل لعدم التجزئ فتعين الثاني ولهذا الوجه لجماعة كل واحد منهم أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله فحشوا انتهى أقول فيه نظر لانه لا يلزم من أن لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل نوز بعا بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف الى كل واحد منهم كلابل يجوز أن يضاف كلا الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فينتدلا يتم المطلوب كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بأن مدار الابعان على العرف كما صرحوا به في محله فاد اجتمع جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كلا مضافا الى مجموعهم من حيث هو مجموع فجاز أن يكون بناء تحت كل واحد منهم في مسئلة الحلف على العرف وأما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم أقول كل واحد من ذلك الدليلين المذكورين في الكتاب انما يتشبهان فيما اذا حضرا واما المقتولين وقتلوا القاتل جملة وأما فيما اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقي كما ذكرنا في الكتاب فلا عسمية لشيء منهما ما لا يتصور أن يقال لاحد من الباقيين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل أصلا انه قاتل فضلا عن أن يقال له انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور أن يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح لازهاق فينبغي أن يجب للباقيين المال في هذه الصورة فليتأمل (قوله ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء) وقد حصل بقتله فاكتفى به) أقول فيه كلام وهو أن تحقيق الاحياء حكمه القصاص وعجز حصول حكمته لا يتم أمر بل لا بد من حصول شرائطه أيضا ومن جعلها المماثلة لا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذي بالمستأمن وكذا لا يقتل أحد بولده ولا بولده ولابعدده

وهو الباقي ظاهر وقوله (وان قطع واحد عيني رجلين) قيد بذلك لانه لو قطع عين أحدهما ويسار الآخر قطعت يدهما لا يقال تنتفي المماثلة حينئذ لانه ما قوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما قوتاه عليه لان المعتبر في حق كل واحد منهما استوفاء وليس في ذلك تقويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه

قوله (والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي) يعني لان من عليه القصاص حرجا وب عن قوله لان البسداستحقها الاول ونقر به ان
لقصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بتجزئته عنه واذ لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت
الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل لكونه مملوكا وقوله (ولتردد حق الآخر) يعني أن حق الحاضر ثابت في البسداستحقها الاخر
له في الاستيفاء وهو مسمى عسي أن يعفوا ولا يحضر فلا يؤثر المعلوم للوهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفاعة والاخر غائب يقضى
بالجميع له كذلك وقوله (لانه أوفى به حقا مستحقا) يعني أنه اذا قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فبقضى الآخر بالأرض وقوله
(واذا أقر العبد بقتل المولى) وانما قيد بالمولى لانه لو أقر بالخطا لا يجوز سواء كان مأذونا ومجورا أما المحجور فظاهر وأما المأذون
فلانه ليس من التجارة وقوله (حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص) (٣٨١) توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى

على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر
ولهذا وقع طلاق زوجته
بالاقرار لوقوعه بالايقاع
واذا أقر بسبب يوجب
الحد يؤخذ به وقوله
(والفعل يتعدد بتعدد
الاثار) قيل فان الرمي اذا
أصاب حيوانا ومزق جلده
سمى جرحا وان قتله سمي
قتلا وان أصاب الكوز
وكسره سمي كسرا كذلك
يجوز أن يكون بالنسبة الى
محل عدا والنسبة الى
آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك
تسمية الفعل الواحد بأسام
مختلفة بالنسبة الى المحال
ولانواع فيه وانما الكلام
في أن يتعدد الفعل الواحد
فيصير فعلين متضادين
والاولى أن يقال معناه أن
الفعل بوصف بوصفين
متضادين بالنسبة الى أمرين

والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء أما المحل فلو عني فلا يمنع ثبوت
الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد يمينه ما على التعاقب فتستحق
رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فلا آخر عليه نصف الدية لان الحاضر أن يستوفي ثبوت
حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه أوفى به حقا
مستحقا قال (واذا أقر العبد بقتل المولى) وانما قيد بالمولى لانه لو أقر بالخطا لا يصح اقراره لانه يلاقي حق
المولى بالابطال فصار كما اذا أقر بالمال ولنا أنه غير منهم فيه لانه مضربه فيقبل ولان العبد مبقى على
أصل الحرية في حق الدم علا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق
المولى بطريق الضمن فلا يبالى به (ومن رمى رجلا عدا فنفذ السهم منه الى آخره) فانما فعله القصاص
للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا كانه رمى الى صيد فأصاب آدميا
والفعل يتعدد بتعدد الاثر

ولا يعد به ولا يمكن ان يمتد الى غير ذلك مع أن حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك وانما لا يجب
القصاص في تلك الصور لا تنفاه بعض شرائطه أو لتحقيق بعض موانعه وعندنا أن قال الشافعي فيما
نحن فيه ان الموجد من الواحد قتل والذى تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذى هو مبنى
القصاص كيف يتم أن يقال في مقابلة قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكفى به ولعل صاحب السكافي
فهو من ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته أن يقتنى أثر صاحب الهداية (قوله
لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا) قال صاحب الغاية وهو خطأ في القصد أقول هذا خطأ
ظاهر اذ قد مر في الكتاب أن الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرى شخصا يظنه صيدا فاذا هو
ادى أو يظنه سريفا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرى غرضا فيصيب آدميا ولا شك أن ما نحن
فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كانه رمى الى صيد فأصاب آدميا
(قوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر) قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا أصاب حيوانا ومزق
جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتيلا وان أصاب الكوز وكسره سمي كسرا كذلك يجوز أن يكون

(٣٦ - نكته ثامن) كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء بالنسبة الى أخرى فكذلك هذا الفعل
يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقائل أن يقول الخطأ يستلزم إباحة
لكنه سببا للكفارة وهو لا يكون إلا امرأا بين الخطر والإباحة ولم يوجد والجواب أن الخطأ هو تحقيق الجنابة في انسان مخالف لظن
الجاني كن رمى الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان أو لقصد مطلقا كن رمى الى هدف فأصاب انسانا وكالذى نحن فيه والرمي بالنسبة الى
المخالف لهما كالرمي الى معين وذلك مباح لا محالة وانما قلنا مطلقا ليجزى من قصد قطع بدر جل بسيف فأصاب عنقه ومات فانه عمد لانه
ليس مخالف للقصد من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتيلا بالسرعة بخلاف ما اذا قصد ذلك فأصاب رقبته غير مخزها ورعى الى شخص
فأصاب غيره مات فان ذلك خطأ لان قطع بدر جل أو قتله لا يكون قتيلا لغيره فكان مخالف من كل وجه

(قوله كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة الخ) أقول السرعة والبطء من الاعراض التسمية ولا كذلك العمد والخطأ
(قوله وهو لا يكون إلا امرأا الخ) أقول قوله هو راجع الى قوله سببا (قوله أو لقصد مطلقا الى قوله والرمي بالنسبة الى المخالف لهما)
أقول قوله أو لقصد معطوف على قوله لظن الجاني وقوله لهما ناظر الى الظن والقصد في قوله لظن الجاني وفي قوله أو لقصد مطلقا

فصل ذكر حكم
الفاعلين عقيب فعل
واحد في فصل على حدة
رعاية للتناسب (ومن
قطع بدرجل خطأ
ثم قتله عدا) القطع
والقتل اذا حصل في
شخص واحد كانا على
وجهه أن يكونا خطابين
أو عديين أو يكون القتل
خطأ والقطع عدا أو
بالعكس فذلك بالقسمة
العقلية أربعة ثم ان كل
واحد منهما اما أن يكون
قبيل البرء أو بعده فذلك
ثمانية أوجه وكل ذلك اما
أن يتحقق من شخص
واحد أو شخصين فذلك
سنة عشر وجهها فان كانا
من شخصين بفعل بكل
واحد منهما ما وجب فعله
من القصاص وأخذ
الارش مطلقا لان التداخل
انما يكون عند اتحاد المحل
لا غير وان كانا من شخص
واحد فإيجاب موجب
الفاعلين أو اهدار أحدهما
مبنى على أصل ذكره
المصنف رحمه الله بقوله

فصل ومن قطع (قوله
ثم ان كل واحد منهما)
أقول أي من الفاعلين (قوله
لان التداخل انما يكون
الح) أقول فيه بحث لكن
جوابه ظاهر فان المراد
بالمحل هو مصطلح المتكلمين
وهو القاتل هنا فانه الذي
يقوم به القتل

فصل قال (ومن قطع بدرجل خطأ ثم قتله عدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عدا فبرأت يده ثم قتله عدا فانه يؤخذ بالامر من جميعا)

بالنسبة الى محل عدا وبالنسبة الى اخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد بأسماء مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فاعلين متضادين انتهى أقول نظره ساقط اذا ظاهر أن ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بجينيات انضمام قيود مختلفة وأوصاف متضادة اليه بأسماء مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك الاسامي المختلفة ألا يرى أن الرمي من حيث انه أصاب الكور لا يسمى جرحا ولا قتل لا بل يسمى كسرا وكذا من حيث انه أصاب حيوانا فمزق جلده أو قتله لا يسمى كسرا بل يسمى جرحا أو قتلًا وإذا تقرر أن اختلاف تلك الاسامي باختلاف الأوصاف المنضمة الى ذلك الفعل تقرر اختلاف سميات تلك الاسامي أيضا فكان مناسبًا لما نحن فيه مفيد له ثم ان قوله وانما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فاعلين متضادين ان أراد به أن الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد بحسب الذات بحيث يصير فاعلين مختلفين في الحقيقة فلا نسلم أن الكلام فيه بل لان نسلم إمكان ذلك وان أراد به أن الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد بتعدد الأوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد يحصل قطعًا بتعدد الاسامي تعددًا ناشئًا من تعدد السميات بالجينيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل كما عرفت انما ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الأمر اذ اثنان في الخطر والاباحة لم يوجد هنا والجواب أن الخطأ هو تحقق الجناية في انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان أو لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فأصاب انسانا أو كالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي الى معين وذلك مباح لا محالة انتهى أقول في نحر جوابه نوع خلل فان تمثيل قوله أو لقصده مطلقا بقوله كمن رمى الى هدف فأصاب انسانا أو كالذي نحن فيه يشعر بأن تكون الاصابة لانسان عند الرمي الى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطأ في القصد وليس كذلك قطعًا ذ كل منهم مامن قبيل الخطأ في الفعل كما بينا من قبل

فصل في حكم الفاعلين لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفاعلين لان الاثنين بعد الواحد كذا في الشروح (قوله ومن قطع بدرجل خطأ ثم قتله عدا قبل أن تبرأ يده الخ) أقول لقائل أن يقول اذا اختلف حكم الفاعلين بأن يكون أحدهما عدا والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تداخل بينهما البرء أو لم يتداخل كما سينكشف في الاصل الآتي ذكره فيكون قوله قبل أن تبرأ يده في وضع هذه المسئلة مستدركا لتمام جوابه وهو أن يؤخذ بالامر من جميعا بدون ذكر ذلك القيد بل بهم ذكره أن لا يكون الجواب كذلك فيما بعد أن تبرأ يده بناء على أن تخصيص الشيء بالذكري الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وعن هذا قال في وضع المسئلة الثمانية أو قطع يده عدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم أقول يمكن أن يقال فائدة ذكر ذلك القيد في المسئلة الاولى التنبيه من أول الامر على أن تداخل البرء ليس مؤثرا فيما اذا اختلف الفعلان فانه اذا أعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما اذا لم يتداخل البرء ففما اذا تداخل ذلك أولى وهذا يدفع إيهام أن لا يكون الجواب فيما اذا تداخل البرء كالجواب فيما اذا لم يتداخل فان تخصيص الشيء بالذكري الروايات على نفي الحكم عما عداه أن لو لم يكن ما عداه أولى بثبوت الحكم المذكور له وأما اذا كان أولى بذلك فبدل على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالأولوية بطريق دلالة النص بلاريب وما نحن فيه من

(والاصل فيه أن الجمع) يعني الاكتفاء بموجب أحدهما واجب ما أمكن تنمي الأول لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني تنمي الاول ويجعل الكل واحدا الآن لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفاً أو موحداً ويتخلل البرء فينثني يعطى كل واحد حكم نفسه فان تخلل البرء فراجع أصلاً لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهم ما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنساً فكذلك كما في الصورتين الاوليين وان تجانساً خُطأ جاع بالاجماع لا مكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفى (٢٨٣) بديه واحدة وان تجانساً عمدا فقد اختلف فيه قال

أبو حنيفة رحمه الله الولي بالخيارين أن يقطع ثم يقتل وبين أن يقتل وقال لا يقتل ولا يقطع وقوله (فإن شاء الامام قال اقطعه) قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يشير الى أن الخيار للامام عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فإن شاء

الامام معناه يبين لهم أن لهم الخيار قالوا لا يمكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجتمع بينهما وقال بل الجمع متعذراً للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القودوهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذ ذلك عن الجزاء واما لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين وجب القود على الحاز واذا انقطع اضافة السراية اليه صار كتخلل البرء ولا جاع فيه بالاتفاق

والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تنمي الاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الآن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخر لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانساً بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لا مكان الجمع واكتفى بديه واحدة (وان كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعه ثم اقلوه وان شاء قال اقلوه) وهذا عند أبي حنيفة ولا يقتل ولا يقطع يده لان الجمع يمكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجتمع بينهما وله أن الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القودوهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر أولان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة

هذا القليل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك في المسئلة الاولى حصل الاستغناء عنه في المسئلة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء الى المسئلة الثالثة والرابعة قيدتهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمداً وخطأً فيهما فلا بد في الأخذ بالامر من جميعهما من تخلل البرء في الين (قوله فصار كتخلل البرء) قال بعض الفضلاء منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ أقول كيف يكون منقوضاً بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطأين وعلله بتعليقين بازاء تعليل أبي حنيفة ما اذا كانا عمدين وتعليله الثاني وهو قوله ولان أرض السيد انما يجب عند استحكام أثر الفعل الخ دافع قطع التوهم انتقاض قوله فصار كتخلل البرء بما اذا كانا خطأين تأمل نفهم وقال صاحب معراج الدراية فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي أن لا يكون للامام خيار كالوخلل البرء قلنا المسئلة مجتهد فيها فالقاضي يعرض على ما وافق رأيه انتهى أقول في الجواب نظر فان قول المصنف بعد بيان خيار الامام وهذا عند أبي حنيفة بأي هذا الجواب جذا فان قضاء القاضي في المسئلة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبي حنيفة فقط بل صاحبه أيضاً يقولان به كالا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم ان هذا كله على تقدير أن يكون الخيار للامام عند أبي حنيفة وأما اذا كان الخيار للولي عنده كما ذكره شمس الأئمة السرخسي ونقل عنه السراح قاطبة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم أن لهم الخيار فلا تمسح رأساً للسؤال على الوجه المذكور نعم برد أن يقال فامعنى قول أبي حنيفة في هذه المسئلة بأن للولي الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بأن يؤخذ بالامر من جميعا وعلة

بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة (قوله وصفاً أو موحداً) أقول كما في الخلافية فان موجب القطع العمد القطع والقتل العمد القتل لأن القصاص يبنى عن المماثلة بخلاف الدية وهذا عند أبي حنيفة قال المصنف (فان شاء الامام قال اقطعه ثم اقلوه) أقول قال السكاكي وقبل معنى ما قال في المتن أن هذا من الامام اجتهاد في محله فعليه أن يتبعه فيما يقطع الامام خياره عليه انتهى (قوله في محله) أي محل الاجتهاد لا يرى الى خلاف الامام (قال المصنف فصار كتخلل البرء) أقول منقوض بما اذا كان كلاهما خطأً

وقوله (ولان أرض اليد) دليل آخر على جواز الجمع اذا كانا خاطئين وتقرر به أرض اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهيم السراية وذلك انما يكون بالحز القاطع للسراية انما يجب بالحز القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الحز وفي ذلك تكرارية اليد لان ضمان الكل يشملها والتكرار فيه غير مشروع فلا يجتمعان فان قبل قصاص اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبني القصاص المساواة وهي انما تحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان المدمية على التغليظ والتشديد ولهذا تنقل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه وأما الخطأ فبناه على التخفيف ألا ترى أن الدية لا تعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسباً قال (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبأثر الخ) (ومن ضرب رجلاً تسعين سوطاً في مكان وعشرة في مكان فبأثر من تسعين وسرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب وقوله (وكذا كل جراحة اندملت) يعني مثل أن كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة لافي حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير على أصل أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله (٣٨٤)

وعن محمد رحمه الله أنه يجب أجرة الطبيب (وان ضربه مائة سوط وبجرحته وبقي له أثر يجب له حكومة عدل) دون الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقاء الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بان لم يبرأ وليس بموجود وهذا يشير الى أنه ان لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة رحمه الله لانه لم يكن الا مجرد

ولان أرض اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان أما القطع والقتل قصاصاً يجتمعان قال (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبأثر من تسعين ومات منه عشرة ففيه دية واحدة) لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير ففي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد أنه يجب أجرة الطبيب (وان ضرب رجلاً مائة سوط وبجرحته وبقي له أثر يجب له حكومة عدل) لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال (ومن قطع يدا رجل فعفا المقتوعة بده عن القطع ثم مات من ذات فعله على القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمد فهو من جميع المال) وهذا عند أبي حنيفة وقال اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبته وموجبته القطع لواقصر أو القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفو عن أحد موجبيه أهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفو عن نوعيه نعتد بالجمع متحقق في الكل عنده بلا تفاوت كما بين في الكتاب (قوله ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فكان العفو عنه عفو عن نوعيه) أقول أسلوب الخبر يقتضي أن يكون ما سبق دليلاً تاماً لهما وهذا أيضاً دليلاً آخر مستقلاً لهما لكن لا يخفى على القطن أن ما سبق لا يتم دليلاً لهما

الأم وهو لا وجب شيئاً كالوضربه ضرباً مؤلماً ومثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ودليلاً يأتي قبل فصل الجنين وصار (قوله ومن قطع يدا رجل الخ) اعلم أن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس به فو عا يحدث منه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما فاذا وقع شيء من ذلك وعفا الجنى عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجناني الدية في ماله عنده وقال لا شيء عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجبته لان الفعل عرض لا يبيح فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفو عن موجبته وموجبته اما القطع أو القتل اذا اقتصر أو سرى فكان العفو عنه عفو عنهم ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما حدث منه حتى اذا قال شخص لا تحرق يدي فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهاء فيعتبر بالاذن ابتداء

(قوله فان قيل الى قوله فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان) أقول معارض بما اذا قتل واحد جماعة عمداً حدث بقتل واحد وان قتلهم خطأ تجب ديات قال المصنف (والارش انما يجب باعتبار الأثر في النفس) أقول قال في المضمرة كان فأناب يقول لما وجب أرض النفس ينبغي أن لا تجب حكومة العدل فأجاب عنه بقوله والارش الخ انتهى وشرح كلام المصنف بهذا الوجه أولى وأدور الفعلين من القاتل وعلى ما ذكره الاكل يكون ذكر هذه المسئلة هنا استطراداً قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث ما قال في الكتاب انه يجب فيه دية واحدة فيما اذبر أو لم يبق له أثر ما اذابني له أثر ينبغي أن يجب أرض الضرب وهو حكومة عدل بالأسواط ودية واحدة بالقتل انتهى

فصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة فكذا هذا ولا يبي حنيفة رحمه الله ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لان العفو لم يتناول به بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه فها هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحجة فلا يكون معتبرا ألا ترى أن الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفا فكذا اذا عفا عن اليد ثم سرى واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعمد الا ان اثر كناه لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دارنة للقود فوجب الدية وقوله (ولانسلم أن الساري نوع من القطع) جواب عن قوله ما فيكون العفو عفا عن نوعيه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له ويقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح (٢٨٥) ذلك والجواب أن المراد صفة

منوعة وهي ليست كذلك بل هي محرجة عن حقيقة كما يقال عصير مسكر وقوله (بل الساري قتل من الابتداء) اضرب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مرفوع للروح ولما انزهق الروح به عرفنا انه كان قتلا وقوله (وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً) جواب عن قوله أو القتل اذا سرى يريد أن القتل ليس بموجب لقطع من حيث كونه قطعاً لانه اذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً انما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافاً الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفو عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناول

وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة كذا هذا وله أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناول به بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا أن في الاستحسان محجب الدية لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دارنة للقود ولانسلم أن الساري نوع من القطع وأن السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً فلا يتناول العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشبهة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافاً

بدون انضمام هذا اليه لانه اذا لم يقرر أن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر لا يقرر كون القتل أحد موجبي القطع فانه اذا لم يتناول اسم القطع الساري أيضاً لا يتصور كون القتل أحد موجبي القطع اذا لا يحتمل أن يكون القطع مقتصر موجبا للقتل أيضاً تدبر (قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس) قلت وكان ينبغي أن يقسول وكان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص لان الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب القياس الا أن موجب القياس هو الظاهر في بادئ الرأي (قوله ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافاً) قال جهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الاربعة التي هي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشبهة والعفو عن الجناية انتهى أقول ليس هذا بـبديلاً من معنى كلام المصنف ههنا أن محمد رحمه الله أجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسئلة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشبهة لم يكن مذكورا في كلام محمد في الجامع الصغير قط وانما ذكره في الاسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف في الضرب والشبهة والجراحة في اليد وما أشبه ذلك وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداهة حيث قال وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشبهة ثم سرى الى النفس ومات المصنف هنا بصددي بيان ما يتناوله كلام محمد في المسئلة المارة التي هي مسألة الجامع الصغير فكيف يتصور درج العفو عن الشبهة في مضمون

العفو وقوله (بختلاف العفو عن الجناية) ظاهر وقوله (في هذه الوجوه) وهي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشبهة والعفو عن الجناية (وفاقا) وهو في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية أيضاً (وخلافاً) وهو أيضاً في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع مطلقاً عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند أبي حنيفة رحمه الله يكون عفو عن أرض اليد لا غير والثاني أن العفو عن الشبهة عفو عن الدية اذا سرى عندهما وعند من أرض الشبهة لا غير

(قال المصنف وان السراية صفة له) أقول أي صفة منوعة فلا يرد عليه شيء (قوله انما الثابت موجب القتل وهو الدية) أقول الاظهر أن يقول وهو القصاص

يده عن القطع غير متعرض
للمعد والخطا ومنع الاطلاق
بأن قوله فعلى القاطع
الدية في ماله يدل على أنه
في المعدلان الدية في الخطا
على العاقلة وأجيب بأن
الوضع مطلق لا محالة
والجواب انما هو واحد
فوعيه وتقريره فعلى القاتل
الدية في ماله ان كان القطع
عمدا وقوله (كألو أوصى
بإعارة أرضه) يعني اذا
تبرع بمنافع أرضه في
مرضه بالإعارة وانفع
بها المستعير ثم مات المعبر
كان ذلك من جميع المال
لان المنافع ليست بأموال
وفيه بحث من أوجه
الأول أن القصاص موروث
بالاتفاق فكيف لم يتعلق
به حق الورثة الثاني أن
الوصية بإعارة أرضه باطله
وان صححت فحكمه التهاؤ
يسكن الموصى له يوما
والورثة يومين ان لم يقبل
القسمه وان قبلها يفرز
الثلث للموصى له والثالث
أن المنافع أموال فكيف
صارت نظير المال ليس بمال
والجواب عن الاول أن
المصنف رحمه الله تعالى
حق الورثة به لا كونه موروثا
ولاتساق بينهما لان حق
الورثة انما يثبت بطريق
الخلافة وحكم الخلف
لا يثبت مع وجود الاصل
والقياس في المال أيضا
أن لا يثبت فيه تعلق حقهم

آذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد
القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا أوصى بإعارة أرضه
ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه في قوله فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه بما
يشمل العفوعن الشجة أيضا فالوجه أن مراد المصنف بهذه الوجوه هي الوجوه الثلاثة وهي العفوعن
القطع مطلقا والعفوعن القطع وما يحدث منه والعفوعن الجنابة لان هذه الثلاثة هي المذكورة في
مسئلة الجامع الصغير وأما العفوعن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين أن حكمه كحكم
ما ذكر في مسئلة الجامع الصغير أخذنا بما ذكره في الاسلام في شرح الجامع الصغير (قوله آذن بذلك
الطلاق) أي أعلم بذلك اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع بدرجل فعفا المقطوعة يده عن
القطع حيث لم يتعرض للمعد ولا للخطا فكان متنا ولاهما كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية
بعد أن شرح المقام كذلك هذا تقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لان محمد أقيده
بالمعد في أصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذلك قيد الفقيه أبو الليث ونظر الاسلام والصدرا الشميد
وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالمعد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق اه وأما ما عدا صاحب الغاية
من الشراح فساواها هنا وأجابوا حيث قالوا فان قيل لا نسلم أن لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد
بدليل جواب المسئلة وهو قوله فعلى القاطع الدية في ماله فانه يبين أن مراده المعدلان الدية في الخطا على
العاقلة قلنا وضع المسئلة مطلق بلا شك اذا قيد غير ملفوظ لكن الجواب انما هو واحد نوعي القطع
فتقديره فعلى القاطع الدية في ماله ان كان القطع عمدا انتهى كلامهم أقول لا يذهب عليك أن جوابهم
هذا لا يبين ولا يغني من جوع ادلائك أن مقصود المصنف هنا بيان إجراء محمد القطع خطأ مجرى
العمد في أحكام هذه الوجوه وفاقا وخلافا ولاريب أن حكم المسئلة انما يؤخذ من جوابها واذا كان
الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤذن بمجرد اطلاق وضع المسئلة باشتراك
نوعي القطع في الحكم اذ لو آذن ذلك باشتراكهما في الحكم لآذن باشتراكهما في الحكم المستفاد من
الجواب وقوله فيما له مانع عن ذلك لا محالة فلا مؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المصنف آذن بذلك
الطلاق فتأمل (قوله لان موجب العمد القود لم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال) قال في العناية
فيه بحث وهو أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه أن
المصنف تعالى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق
الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم
الابعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه السلام لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم
عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فالويل
به لتصرفه فيه فتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به ولكنه موروث انتهى
أقول في تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك أما الاول فلانه سيجي
في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص يثبت لورثة القاتل ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتول عند
أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الوراثة
منه كالدين والدية فقوله رحمه الله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر تطهير هذا من
صاحب العناية في الفصل السابق وبينت بطلانه هناك أيضا فتذكر وأما الثاني فلانه لم يقع التعرض
فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عندنا ما لنا الا عظم رحمه الله بل سبق الكلام فيه
على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق ألا يرى الى قوله في خاتمه والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به

أغنياء خبير من أن تدعهم حالة تنكشفون الناس وترتهم أغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلا يمتنع به لتصرف فيه فيترهم حالة تنكشفون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنته موروثة لان الارث خلافة ذى نسب الميت الحقيقي أو الحكمي أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكما في ماله أو حق قابل لها بعد موته وقد فسرنا في شرح الرسالة في الفرائض وهو كاتري لا ينصرف في المال بل اذا كان حقا قابلا للخلع لا يصح أن يكون موروثا ولا شك في قبوله القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني بأن المراد من قوله أوصى تبرع كما غيرنا عنه آتفا والوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه وعن الثالث بأن المنافع أموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله (فيعتبر من الثلث) فيه اشكال وهو أنه (٢٨٧) اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقائل من

العاقلة والوصية للقائل باطلة فيجب أن لا يصح في حصته وأوجب بان المخرج لم يقبل أو صيت لا يثلث الدية وانما عفا

عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع عنه الا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز قال (واذا قطعت المرأة رجلا الخ) اذا قطعت المرأة بدرجل فتزوجها على يده فاما أن يقتصر أو يسرى فان كان الاول صححت التسمية وبصر الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عدا أو خطأ وتزوجها على القطع فقط أو عليه وما يحدث منه لانه لما برأ تبين أن موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة والارض يصلح صداقا وان كان الثاني واليه أشار بقوله ثم مات فاما أن يكون القطع خطأ أو عدا فان

أما الخطأ فوجه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال (واذا قطعت المرأة بدرجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عدا ففي مالها) وهذا عند أبي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالزوج على السيد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا

لكنه موروث (قوله أما الخطأ فوجه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث) قال جمهور الشراح فان قيل القائل واحد من العاقلة فكيف يجوز الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح في نصيب القائل أيضا مع أن الوصية لا تصح للقائل قلنا انما يجوز ذلك لان المخرج لم يقبل أو صيت لا يثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جاز للقائل الا ترى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز انتهى كلامهم وأورد بعض الفضلاء على قولهم الا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز بان قال فيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجي في كتاب الوصية انتهى أقول ان أراد أن الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع الا ترى أن الهبة عقد محذور والوصية في المرض عقد معلق بالموت كما صرحوا به وان أراد أنها في حكم الوصية في بعض الوجوه ككونها معلقة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه أن لا تصح هبة المخرج للقائل كعدم صحة وصيته فلا يجدي قد صافمنا ذكره الشراح في تنوير جوابهم (قوله ثم القطع ان كان عدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا) قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصل في العمد القصاص قضية لا طلاق قوله تعالى والجروح قصاص الا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفي الرجل والمرأة انتهى أقول في الجواب نظر لان اطلاق قوله تعالى والجروح قصاص لمثل ما نحن فيه ممنوع فان القصاص ينبي عن المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة لا تصور فيه القصاص وعن هذا اذا قطع رجل بدرجل عمدا من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المصنف هذا المعنى في أول باب القصاص فيمدون النفس بعدد الاستدلال بقوله تعالى والجروح قصاص على وجوب القصاص في قطع يد غيره عمدا من المفصل وقد تقرر فيما مر أنه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الاطراف فلا ينسدرج في قوله تعالى والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم أن ينتقض الجواب المذكور عما اذا قطعت المرأة بدرجل فتزوجها على يده فاقصر القطع فانه تصح التسمية فيه وبصر الارش البدن وهو خمسة آلاف درهم مهر لها بالاجماع صرح به الشراح فاطبة في أول هذه المسئلة وعزاها جماعة

كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها عند أبي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون ماله من المهر غير ما عليها مما يحدث منه ثم القطع اذا كان عدا كان الزوج تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا

(قوله الا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز) أقول وفيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجي في كتاب الوصية (قوله لانه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة) أقول يخالف لقول المصنف وقوله بعد أسطر يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف تأمل (قوله وان كان الثاني فلها ذلك) أقول يعني فلها مهر المثل

لا سماعي تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهر ا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص يسقط
ههنا ما يقبلها الزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط واما باعتبار تعذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا جعل
لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارض خمسمائة
دينار وهو معلوم فما المانع ان يكون (٢٨٨) هو المهر ا يجب بأنه ليس بمتعين لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون

مجهولا واذا لم يصلح
القصاص ولا بدله مهرا
يجب مهر المثل وعليه الدية
في مالها فان قيل قبول
الزوج يتضمن العفو
والعفو لا يضمن فلا يجب
عليه الدية اشارة الى الجواب
بقوله (لان الزوج وان
كان يتضمن العفو ولكن)
فيما نحن فيه يتضمن العفو
(عن القصاص في الطرف
واذا سري تبين أنه قتل
والعفو لم تعرض لذلك
فوجب الدية في مالها لانه
عند) والعاقلة لا تشمل العمد
(والقياس أن يجب القصاص
على ما بيناه) يريد به قبوله
لانه هو الموجب للعمد

(قال المصنف لاسماعيلى
تقدير السقوط فيجب
مهر المثل وعليه الدية في
مالها) أقول فانه لما مات
المقطوع يده بالسراية سقط
قصاص الطرف وبدله
أيضا وهو الارض فان القطع
كان قتلا فيجب جزاء القتل
لا القطع فوجب قصاص
النفس ولعل هذا هو الوجه
في توجيه كلام المصنف وبه
تندفع الشكوك والادهام
في هذا المقام (قوله

لا سماعي تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليه الدية في مالها لان الزوج وان كان يتضمن العفو
على ما تبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سري تبين أنه
قتل النفس ولم يتناول العفو فوجب الدية وتجب في مالها لانه عند والقياس أن يجب القصاص
على ما بيناه

منهم الى الامام فاضيجان والامام المحبوبي وقالوا اشارة الى المصنف بقوله ثم مات ولو كان الموجب الاصل
هو القصاص في العمد الواقع بين اطراف الرجل والمرأة أيضا لزم أن يكون الزوج في صورة الاقتصار
أيضا تزوجا على القصاص فليزم أن لا يتم ماصرحوا به من صحة التسمية ولزوم الارض مهرها بالاجماع
في تلك الصورة كما لا يخفى وقال صاحب العناية وتاج الشريعة فان قيل الواجب في الاطراف بين
الرجل والمرأة هو الارض وأرض اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فما المانع أن يكون هو المهر رقلنا أرض
اليد ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل انتهى أقول في
جواب هذا السؤال أيضا نظرفانه ينتقض أيضا طعنا بالتزوج على يده في صورة الاقتصار فان أرض اليد
يصير مهرها هنالك بالاجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهة الناشئة من عدم تعين أرض اليد هنالك
أيضا ثم أقول لو قال المصنف في تعليل صورة العمد أيضا من مسئلتنا هذه مثل ما قاله في صورة الخطأ منها
من أنه يكون هذا تزوجا على أرض اليد اذا القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة في العمد
أيضا عندنا واذا سري الى النفس تبين أنه لا أرض لليد وأن المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان
سالماعن أن يرد عليه السؤال الان المذكور ان لم يحتج الى جوابيه مما المذكورين في الشروح المختارين
كما بيناه آنفا (قوله واذا سري تبين أنه قتل النفس ولم يتناول العفو فوجب الدية) قال في النهاية فان قلت لم
يجب القصاص ههنا على المرأة مع أن القطع كان عمدا وهو قتل من الابتداء فانه لما مات ظهر أن الواجب
هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لان القصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال والمهر يجب أن
يكون مالا ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كنه تزوجها ولم يذ كر شيئا وفيه القصاص فكذا هنا قلت
نعم كذلك الا أنه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة ولو استوفت المرأة
القصاص انما تستوفي عن نفسها لنفسها وذلك محال لان الانسان لا يتمكن من الاستيفاء عن نفسه
لنفسه لان الشخص الواحد لا يصلح أن يكون مطالبا للقصاص ومطابا به فسقط القصاص لاستحالة
الاستيفاء ولما سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم يسم ابتداء انتهى أقول
لا السؤال شيء ولا الجواب أما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة ظاهر من قول
المصنف والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه فانه اشارة الى ما ذكره فيما قبل من أن وجوب الدية
ههنا دون القصاص على موجب الاستحسان فان صورة العفو أورثت شبهة وهي دائرة للقود فلم يبق
محل للسؤال عن اية عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة وأما الثاني فلان القصاص الذي جعل
مهرا وجعل ولاية استيفائه للمرأة انما هو قصاص السيد دون قصاص النفس كما أفصح عنه قول المصنف
فيما قبل يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف واذا سري تبين أنه قتل النفس فلم يتناول ولاية المرأة

والقصاص سقط ههنا ما يقبلها الزوج الخ) أقول بل السقوط ههنا عت المقطوع يده حيث تبين أن لا قطع على واذا
القاطع لكونه قاتلا ولا يجب بدله أيضا لعدم وجوب الاصل فتأمل (قوله ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه) أقول الظاهر أن
يقول عن نفسها (قوله ا يجب بأنه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا) أقول مخالف لما مر آنفا من قوله
وبصير الارض وهو خمسة آلاف درهم مهرها بالاجماع ثم الجهة لا تمنع فيما سقط لانها لا تفضي الى المنازعة وذلك وجه الصحة فيما مر

واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل يرده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرض اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرض لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على مافي اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تنجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة ثم مات من ذلك والقطع عدم فلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهر افيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خرا أو خنزير ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما اذا أسقط القصاص بشرط أن يصير ما لا فانه يسقط أصلا (وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مرضي مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محابة فيكون وصية فيرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فن الحمال أن ترجع عليهم عو جب جنابتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه

للهالة التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العفو الذي تضمنه التزوج فبقى السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد أن تبين أن قطعها صار قتل النفس ولغما ذكر في الجواب المزبور اذ لم يجعل حد ولا ية استيفاء قصاص النفس للمرأة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاءها القصاص عن نفسها (وقوله وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المثل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية أي والعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى أقول في التفسير الثاني خلل فان المصنف فصل فيما به محال الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم أن لا يتناول كلام المصنف ههنا الصورة الاولى من صورتين التين ذكرهما في ما بعد فان ما يكون وصية لهم في الصورة الاولى منهم ما جميع ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لا ثلثه فقط كما لا يخفى وقال صاحب الغاية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية لهم أي للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية انتهى أقول ما ل هذا أيضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني فانه لما بين ما ترك الميت في قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تبين أن مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكره من أنه يجوز أن يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم أن لا يتناوله كلام المصنف ههنا على التفسير المزبور ثم أقول في كلام المصنف ههنا احتمال آخر وهو أن يكون معناه والعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الاتيتين في التفصيل معا لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه أيضا أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لان ما يكون وصية للعاقلة انما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف ههنا ليست بخالية عن التصور في افادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوي الرشاد فالاولى في تخرج بالمقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فان خرج من الثلث تسقط والاسقط ثلث المال انتهى تأمل

(واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساويا) وان لم يتساويا ردمن عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج على أرض اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرض لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على مافي اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية على العاقلة في الخطأ والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص المحادهما وقوله (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها) ظاهر وقوله (ولا شيء عليها) أي لادية ولا قصاص وقوله (يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أي قدر مهر المثل وقوله (ولهم) أي للعاقلة (ثلث ما ترك) أي ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية

(قال المصنف واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة) أقول قال الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولا تقع المقاصة لان الدية مؤجلة ومهر المثل حال واذا حصل الاجل تقع المقاصة انتهى

وقوله (فاتفق جوابهما في الفصلين) (٢٩٠) يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد

وما يحدث منها أو على الجنابة وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والألفصول ثلاثة (قال ومن قطعت يده فاقتصه من اليد) كلامه واضح ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لأشئ عليه على ما سيجي وقوله (ومن قتل وليه عمدا) صورته ظاهرة وكذلك دليلهما وأما دليل أبي حنيفة فيحتاج الى كلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليه وانما يضمنان ما اتلفاه بشهادتهما وما شهد الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه أحد وليس أصل المسئلة ذلك وانما هي بناء على أنهما أوجبا له قتل النفس

(قوله اذا كان القطع خطأ) أقول التقيد به مما لا يظهر وجهه فانه اذا كان القطع عمدا فلا اتفاق في الجواب على حاله (قوله وانما هي بناء على أنهما أوجباله)

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال (ومن قطعت يده فاقتصه من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) لانه تبين أن الجنابة كانت قتل عمدا وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود لكن كان له القود اذا استوفى طرف من عليه القود وعن أبي يوسف أنه بسقط حقه في القصاص لانه لما أقدم على القطع فقد أبرأ عما وراءه ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل وليه عمدا فقطع يده فانه ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة وقال لا شيء عليه) لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استوفى اتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سري ومأبرا أو ما عفا وما سري أو قطع ثم حرقته قبل البرء أو بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله أنه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة فان له أن يتلفه تبعاً واذا سقط وجب المال

(قوله وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين) أي في التزوج على اليد وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العنابة على ذلك شيئا في شرحه حيث قال يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة انتهى ونسبه الشارح العيني أقول ليس ذاك بشئ اذا وجه لتقيد القطع في الفصل الاول بالخطا فان الظاهر من كلام المصنف ههنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أبرأه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاؤا خلافاً لما ذكر في عامة الكتب من التتوّن والشروح أن يكون الجواب عندهما في العمد والخطا في الفصلين سواء ولقد صرح به ههنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطا كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه أو على الجنابة لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى (قوله ومن قطعت يده فاقتصه من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) قال صاحب العنابة لم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لأشئ عليه على ما سيجي انتهى أقول هذا الكلام منه هنا كلام خال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف بانه تذاكر تلك الصورة مع كون ذكرها أيضا محرم فلا وجه له اذ قد ذكرها أيضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف بانه لم يذكر تلك الصورة ههنا مع كون حقه أن تذكرها فليس كذلك فان تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ولما كانت المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس أيضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وأخر تلك الصورة عنها وان كان مقصوده منه مجرد بيان حكم تلك الصورة أيضا دون مؤاخذة المصنف بشئ فلا فائدة فيه اذ قد بين المصنف حكمها فيما سيجي مفصلا ومردلا فلا يلغو بيان ذلك الشارح انما ههنا (قوله ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به) قال صاحب الاصلاح والايضاح وفيه اشكال لما مر أن صورة العفو تكفي في سقوط القود لانه لو ثبت شبهة وبذلك عسكوا في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا منه الى المقدمة القائلة انه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى أقول جوابه

وذلك يرى القاطع عن الضمان فيضمنان لا يجب السراية له بعد علة الضمان عليه فصار كالشاهد اعلى رجل أنه أبرأ غيره عن الدين ثم رجعوا وقوله (وانما لا يجب المال في الحال) جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب أن يضمن في الحال وقوله (وملك القصاص في النفس ضروري) جواب عن قولهما أنه استوفى حقه يعني لما كان ملك القصاص ضروريا لثبوته مع المنافي وهو الحسرة كما مر بحيث لا يظهر الا في هذه الاحوال الثلاثة وهي استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف في القاتل بغيرها والقطع مقصودا غير انه يكون تصرفا في غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان وقوله (فاما قبل ذلك) يعني قبل التصرف بهذا الاشياء الثلاثة يريد به القطع (فلم يظهر) يعني ملك القصاص (لعدم الضرورة) وقوله (بخلاف ما اذا سرى) جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله (وأما اذا لم يعرف) (٢٩١)

أو ما عني وما سرى وقوله (الصحيح أنه على الخلاف) يعني فلا يكون مستشهدا به وكذا قوله هو الصحيح وقوله (والاصابع وان كانت تابعة) جواب عن قوله ما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشايخ قائم برفعوا بالفسق وأما صاحب الاسرار فنه وقال لا نسلم أنه لا يلزم ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفا عن الكف وقوله (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه) واضح وقد أشرفنا اليه من قبل وقوله (فصار كالامام) أي القاضي اذا قطع يد السارق فقات من ذلك فإنه لا شيء عليه وقوله (والمأمور بقطع اليد) كما اذا قال اقطع يدي ففعل

وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملاك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء وأما اذا لم يعرف وما سرى قلنا انما يتبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف واذا قطع ثم حرز قبه قبل البرء فهو استيفاء ولو حرز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غير ضاحجة لانها تابعة للنفس من كل وجه قال (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة وقال لا يضمن) لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذا احتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبراغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله أنه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا الواقع ظاهرا كان قتلا ولانه جرح أفضى الى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكاف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام أو عقدا كما في غيره منها

انه قد تقرر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة ففيما نحن فيه يكون الابراء عن النفس شبهة الشبهة لان اقدام على القطع لا يقتضي الفراغ مما وراءه رأس الجواز أن يستوفي القتل أيضا بعد القطع كمن له القود يستوفي طرف من عليه القود ثم يقتله فتحقق شبهة ثم ان الفراغ مما وراء القطع لا يقتضي الابراء عنه أيضا الجواز أن يفرغ منه ظنا أن حقه في القطع لا يبرأ مما وراءه فتحقق شبهة بعددشها فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هنا مقرر لاشبهة فيه وانما يتبين شبهة أن يكون العفو عن القطع عفو عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة دارئله فافترا تأمل فان هذا معنى عميق ورفق دقيق (قوله بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكاف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام أو عقدا كما في غيره منها) أقول فيه تساهل لان من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقلدا ولا عقدا وهو المأمور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدي ففعل فسرى الى النفس فقات كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف أو عقدا كما في غيره منها فان العقد انما يتحقق في البراغ والحجام منادون المأمور بالقطع مع أنه غير الامام وأنه من

وقوله (في مجرى العادة) يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله (لانه مكاف فيما) أي في المسائل (بالفعل) اما تقلدا كالامام فإنه اذا تقلد القضاء وجب عليه أن يحكم (أو عقدا) كما في غير الامام من المسائل يعني البراغ والحجام فان الفعل يجب عليه ما بعد الاجارة

(قوله وذلك يرى القاطع عن الضمان) أقول هذا اذا كان رجوعه ما قبل البرء أما اذا كان بعده ينبغي أن يضمن القاطع فانه لا يبرأ عن الضمان بعد البرء عند أبي حنيفة على أن تقول قوله يرى القاطع عن الضمان قلنا مطلقا وبعد البرء والثاني باطل وفي الأول ان برأ لا يجب ضمان القطع وان لم يتبين الحال لا يضمن في الحال كما لا يخفى (قال المصنف وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه) أقول فيكون عفو لمغوا الاستيفاء حقه قبله مستندا (قوله يريد به القطع) أقول المضاف مقدر أي حال القطع ثم اعلم أن ضميره راجع الى قوله قبل التصرف

(والواجبات لا تنقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه) من الاستيفاء (لا وجوب ولا التزام) اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تعفو أقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق أي الاباحة فاشبه الاصطباذ ولورى الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا وطوب بالفرق بين هذا وبين المستأجر والمستعير ومعلم ضرب الصبي باذن الأب فمات وقاطع يد حربي أو امرئ تأسلم بعد القطع فانه لا يجب على المستأجر والمستعير الركب اذا انقفت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وهما يجب اذا سري وأجيب بان في الثلاثة الاولى حصل (٢٩٣) سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الاذن ولو أهلك المالك دابته

والواجبات لا تنقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطباذ

باب الشهادة في القتل

قال (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة) عند أبي حنيفة وقال لا يعيد (وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع) وكذلك الذين يكون لابيهم على آخر

تلك المسائل أيضا ولا يجدي التشبث بالتغليب نفعها لان قوله بعده والواجبات لا تنقيد بوصف السلامة لا يتشبه في تلك المسئلة ان لا يجب على المأمور بالقطع القطع بل هو تبرع منه كما لا يخفى فيلزم أن يكون الدليل المذكور في الكتاب قاصرا عن افادة الفرق في حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق في حقها أيضا بان يقال لما فعل المأمور بالقطع باذن الأمر انتقل حكم الفعل الى الأمر فصار كالو قطع يد نفسه وفي ذلك لضمان لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه

باب الشهادة في القتل

لما كانت الشهادة في القتل أمرا متعلقا بالقتل أو ردها بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشئ كان أدنى درجة من نفس ذلك الشئ (قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يعيد) قال في العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لأبي حنيفة تسلك بجهة العفو من الوارث حال حياة المورث استمسنا كما أنه ليس لهم ذلك بجهة العفو من المورث المجروح استمسنا لاندافع انتهى أقول فيه بحث لان ما تمسك به لا ينتهض حجة على أبي حنيفة وما تمسك به ينتهض حجة عليهم فكيف يتحقق التسداف بين ذين التمسكين وذلك أن القصاص وان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على أن القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من أهل أن يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشني ودرك النار والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضا عنده باعتبار انفة ادسيه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح به في كثير من الشروح فأبو حنيفة راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال بالشرائط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتياالا للدور وراعى في مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بجهة

لم يجب عليه شئ فكذا اذا أذن بسبب الهلاك والاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالمك دون الاذن ولما قطع وسرى كان القطع قتلًا وليس له ملك القتل فكان تصرفا في غير ملكه وهو يوجب الضمان وأما الرابع فلان القطع مع السرية يصير قتلًا من الابتداء ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان فكذا اذا صار قتلًا من الابتداء لانه مستند الى ابتداء القطع

باب الشهادة في القتل

القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه في باب على حدة (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل

لها

ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند أبي حنيفة وقال لا يعيد وان كان خطأ لا يعيد بالاجماع وكذلك الذين يكون لابيهم على آخر

(قوله أو امرئ تأسلم بعد القطع) أقول ثم سري الى النفس (قوله وعلى المعلم والقاطع ضمان) أقول قوله ضمان فاعل لقوله لا يجب ومعناه لا يجب الضمان على المعلم بل يجب على الأب ولا يجب الضمان على القاطع أيضا (قوله بخلاف المقتص له فانه يقطع بالمك) أقول وكذلك القطع باذن المالك الحق والمالك المطلق (قوله دون الاذن) أقول وكذلك المستأجر والمستعير على كان المنفعة كالركوب دون الاهلاك

والاصل أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق المورث عندهما وليس لأبي حنيفة تمسك به صفة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا كما أنه ليس لهم ذلك بصحة العفو من المورث المخرج استحسانا للتدافع والقياس عدم الجواز أما من جهة المورث فلأن القتل لم يوجد بعد وأما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان أن السب قد تحقق فصح من كل منهما ذلك وإذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهم أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقي واستدل لهم على أن طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لأنه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كافي الدية ولهذا لو انقلب ما لا يكون الميت تقضي به ديونه وتنفذ منه وصاياه ولا يحنيفة أن طريقه طريق الخلافة وهو أن ثبت لمن يحلف ابتداء كالعبد إذا اتهم فانه ثبت للملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك كما أن الميت ليس من أهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو أن ثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله (بخلاف الدين) جواب عن قولهما كالدين (لأنه) أي الميت من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه عليه وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقي فيعبد الغائب البينة بعد حضوره وهذا أنسب للقواعد الفقهية فإن المحل مما للشبهة فيه مجال وقوله (فإن أقام القاتل البينة) واضح وقوله (لأنهم يجران) تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قاله الإمام (٣٩٣) المحبوبي لأنهم ما زعموا أن القود قد سقط وزعمهم مامعترف بحقهما

لهم في الخلافة أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كافي الدية ولهذا لو انقلب ما لا يكون الميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقي وله أن القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة ألا ترى أن ملك القصاص ثبت بعد الموت والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية لأنه من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه عليه وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقي فيعبد البينة بعد حضوره (فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم وبسقط القصاص) لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى المال ولا يمكنه إثباته بالإثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب (وكذلك عبد بن رجلين قتل عدوا أو أحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه قال (فإن كان الأولياء ثلاثة فشهداثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهداتهما باطلة وهو عفو منهما) لأنهم يجران بشهادتهما إلى أنفسهما مغتصبا وهو انقلاب القود مالا

العفو منه احتمالا للدرء أيضا وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته إلى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه فينتج عليهم ماؤاخذة لصحة العفو من

(قال المصنف لهم في الخلافة أن القصاص طريقه الوراثة كالدين) أقول في شرح الجامع الصغير للسيد الشهابي أن القصاص يصير مملوكا للقتول ثم يصير مورثا عنه كالدين سواء لهذا يكون للمرأة نصيب في القصاص والمرأة لا تملك شيئا من حق الزوج إلا بطريق الوراثة ثم في الدين لاتعاد البينة كذا هذا ولا يحنيفة بلي ولكن فيه

شبهة ثبوت لهم ابتداء لأن الميت لا ينتفع به منفعة دينية ولو ثبت لهم ابتداء تعادله البينة فكذا إذا كان فيه شبهة الثبوت انتهى وعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام المصنف يعني أن القصاص فيه شبهة تكون طريقه الخلافة دون الوراثة فيثبت تدفع المخالفات والمناقضات كما لا يخفى وفي شرح الإمام الترمذ لا يحنيفة فوجه الله أن في القصاص شبهة ثبوت ابتداء لأنهم هم الذين ينتفعون بالقصاص دون الميت فانه لا تقضي منه ديونه ولا ينفذ منه وصاياه ومن هذا الوجه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب والقصاص لا يثبت مع الشبهة ولا كذلك الخطأ والدين لأنه مال والميت ينتفع به فثبت له ثم ينتقل إلى الوارث وكذا لو انقلب القصاص مالا كان حقا للقتول تقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه انتهى والحاصل أن الإمام أبي حنيفة روجه الله تعالى تارة يعتبر الوراثة إذا كان في اعتباره نفع في سقوط القصاص وتارة يعتبر شبهة الخلافة إذا كان النفع في اعتباره وفي غاية البيان ولا يحنيفة أن القصاص حق الميت من وجه وحق الوراثة ابتداء من وجه وذلك لأنه شرع للنسبي ودرك الثأر وهذا حق الوراثة ابتداء من هذا الوجه لأن الميت لا ينتفع به ومن حيث أنه بدل النفس حق الميت ولهذا لو انقلب ما لا تقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه إلى آخر ما ذكره قال الإمام الزبلي في قوة تعالى ومن قتل مطلوما فقد جعلنا وليه سلطانا نص على أن القصاص ثبت للوارث ابتداء (قوله كما أنه ليس لهم ما ذلك) أقول يعني ليس لهم ما تمسك كأي حنيفة (قوله للتدافع) أقول هذا تعليل لقوله وليس لأبي حنيفة تمسك وقوله كما أنه ليس لهم ما ذلك الخ يعني لتدافع بين التمسكين (قوله وهذا لأنه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) أقول يعني الباء للعاوضة (قوله ولا يتصور الفعل من الميت) أقول لا بد هنا من مراجعة التمرناشي

وقوله (فان صدقهما القاتل فالدية بينهما أثلاثا) يتأني فيه الاقسام العقلية لانه اما ان يصدقهما القاتل والمشهد وعليه جميعا أو يكذباهما أو يصدقهما القاتل دون المشهد وعليه أو بالعكس والمذكور في الكتاب أو لاهو أن يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهما أثلاثا لما ذكر في الكتاب من التعليل وأشار بقوله وحده الى أنهم ما لصدقا فاهما ضمن القاتل للشاهدين تأني الدية لا غير لانهم اذ عيما على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا شيء للشهود وعليه لانه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا أقر باللعفو وصار كالمؤنب ذلك عيانا وقوله (وان كذبهما) أي كذبهما القاتل (٣٩٤) والمشهد وعليه أيضا (فلا شيء للشاهدين وللشهود وعليه ثلث لدية) لما ذكره في الكتاب

وقوله (وان صدقهما المشهد وعليه وحده) يعني وكذبهما القاتل (غرم القاتل للشهود عليه ثلث الدية) لا قرار له بذلك وفي بعض النسخ ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس أن لا يترمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لا نكارة وما أقصر به القاتل للشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للشهود عليه بثلث الدية لزمه أن القصاص سقط بدعواه العفو عن الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا فصار مقررا لهما عما أقر به القاتل فيحوز قراره بذلك بمنزلة ما لو أقر رجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنك الفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا قال

(فان صدقهما القاتل فالدية بينهما أثلاثا) معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد أقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا أنه يدعى سقوط حق المشهد وعليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه (وان كذبهما فلا شيء لهما ولا شيء لثالث الدية) ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا هو هذا لانهم ما أقرأ على أنفسهم ما يسقط القصاص فقبلوا دعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الابحجة وينقلب نصيب المشهد وعليه مالا لان دعواه العفو وعليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهم ما في حق المشهد وعليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهد وعليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للشهود وعليه لا قرار له بذلك قال (واذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا) لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات

الوارث حال حياة المورث استحسانا بالاجماع فندير (قوله وان كذبهما فلا شيء لهما ولا شيء لثالث الدية معناه اذا كذبهما القاتل أيضا) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شيء أي وان كذبهما المشهد وعليه معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهد وعليه يجب على القاتل دية كاملة بينهما أثلاثا ثم قال وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا حينئذ كان معنى قوله وان كذبهما أي وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية أيضا الا أنه جعل النسخة الثانية أصلا على عكس ما في النهاية وقال والاول أصح أقول مدار ما ذكر في شرح المقام على أنهم ما فهم أن مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وكذا بقوله في النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا بيان الكلام المقدر في عبارة الجامع الصغير وهي قوله وان كذبهما فلا شيء لهما فانهم ما جعلوا فاعل كذبهما في قوله وان كذبهما فلا شيء لهما ضميرا راجعا الى المشهد وعليه على نسخة معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وضميرا راجعا الى القاتل على نسخة معناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا وهذا لا يتصور الا بأن يكون مراد المصنف في النسخة الاولى أن جملة اذا كذبهما القاتل أيضا مقدره في عبارة الجامع الصغير فتقدر بها وان كذبهما المشهد وعليه فلا شيء لهما اذا كذبهما القاتل أيضا وفي النسخة الاخرى أن جملة اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا مقدره قيمه فتقدر بها وان كذبهما القاتل فلا شيء لهما اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا لكن ليس ما ذهب اليه بسديد اذ ياباه قطعاً قول المصنف معناه لان المقدر لا يكون معنى المذكور والحق عندى أن مراد المصنف بيان اعتبار ما جرد قيسداً أيضا في عبارة الجامع الصغير هنا كما أنه بين قيسله اعتبار قيد وحده في عبارته حيث قال معناه اذا صدقهما وحده فإدعاء على النسخة الاولى أن معنى قول محمد في الجامع الصغير وان كذبهما اذا كذبهما القاتل أيضا أي مع المشهد وعليه كما أن معنى قوله

(واذا شهد الشهود أنه ضربه) صورة المسئلة ظاهرة وقوله (واذا كان عمدا) أقول المصنف احتزبه عن الخطأ وتاويله

(قال المصنف ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا) أقول قال الاتقاني فعلى هذا يكون تقدير قوله وان كذبهما أي المشهد وعليه وفي بعض النسخ ومعناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا وهو أصح انتهى وجه الاحجية بنوع مساق الكلام عن النسخة الاولى فانه عطف على قوله صدقهما القاتل الخ ومقابل له والفاعل المذكور فيه هو القاتل فالضمير هنا يكون ذلك وأيضا ينبغي أن يقال حينئذ وله ثلث الدية دون ولا شيء لثالث الدية (قوله وفي بعض النسخ الى قوله وصار الالف لفلان كذا هذا) أقول الى هنا ما في بعض النسخ

ثم قال (وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به شئ جارح) لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم قبل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود وأجيب بأنهم لما شهدوا (٣٩٥) أنه ضرب به بسلاح فقد شهدوا أنه

قد ضرب به لانه لو كان مخطئا لا يحمل لهم أن يشهدوا أنه ضرب به وانما يشهدون أنه قد ضرب غير فاصابه وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار إليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتراز عنه المصنف

(وقوله واذا اختلف شاهدان (القتل) ظاهر وقد تقدم في الشهادات أن اختلاف الشاهدين في الاموال يمنع عن الحكم بها ففي النفوس أول وقوله (لان المطلق يغار المقيد) فان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا على العاقلة وقوله (فان شهدوا أنه قتله) واضح وقوله (لانه يحمل اجمالهم في الشهادة) فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود في قولهم لا ندري بأي شئ قتله اما صادقون أو كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب أن لا تقبل

وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به شئ جارح قال (واذا اختلف شاهدان القتل في الايام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل) لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد (وكذا اذا قال أحدهما قتله بعضا وقال الآخر لا أدري بأي شئ قتله فهو باطل) لان المطلق يغار المقيد قال (وان شهدوا أنه قتله وقال لا ندري بأي شئ قتله ففيه الدية استحسانا) والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجعل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بجمل فيجب أقل موجبه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستراعليه

فما قبل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما وحده أي بدون المشهود عليه والقيدان متوابع بعونة المقام ومراعاة على النسخة الاخرى معنى قول محمد وان كذب ما اذا كذب ما المشهود عليه أيضا أي مع القاتل حينئذ ينظم الكلام ويتضح المرام (قوله وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به شئ جارح) قال في الكفاية وانما أول لتسكون المسئلة فجعل عليها وقال في معراج الدراية نقلا عن الذخيرة ما ذكر في الجامع الصغير أن كان قولهم ما فهو مجرى على اطلاقه وان كان قول الكل فتأويله أن تكون الآلة جارحة انتهى ثم قال جمهور الشراح فان قبل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمدا فلما شهدوا أنه ضرب به بسلاح فقد شهدوا أنه قد ضرب به لانه لو كان مخطئا لا يحمل لهم أن يشهدوا أنه ضرب به وانما يشهدون أنه قد ضرب غير فاصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار إليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتراز عنه المصنف انتهى وأنا أقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه أن يقال ليس لهذا التقييد ههنا وجه لانه ان أراد به أن وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذ صرح الشهود بكون ضربه عمدا افعيا اذا اطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمدا فليس الاخر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شراح الكتاب فانه صرح في أن تصريح الشهود بذكر العمد ليس بالارز في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد به ذلك بل كان معترفا بما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده بالزبور بل لا وجه له كما لا يخفى (قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف أحكامهما) أقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بالآلة غير القتل بالآلة كما قال في الزمان والمكان لكان أجل وأتمل أما كونه أجل فظاهر وأما كونه أشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما وجب الاختلاف في الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك أيضا كالسيف والرمح فان القتل بكل واحد منهما عمد يوجب القود ومع ذلك لو قال أحد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما أيضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أو شهد أحدهما أنه ضرب به بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى (قوله ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستراعليه) فيه صنعة التجنيس

شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء به الاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فاسقة ووجه ذلك

(قوله وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية الخ) أقول لكن يرد على المصنف أنه اذا كان جواب المسئلة ما ذكره الحبيب وقد نص عليه الامام خواهر زاده يكون التقييد بقوله اذا كان عمدا الاحتراز عن الخطأ مما بعد لغوا بل خطأ لا يهمله خلاف الواقع فتأمل

وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقة في اصلاح ذات البين وهذا في معناه

أنهم جعلوا عالين بأنه قتله
بالسيف لكنهم يقولهم
لا ندري اختاروا حسبة الستر
على القاتل وأحسنوا إليه
بالاحياء وجعل كذبهم هذا
معقوا عند الله لما جاء في
الحديث ليس كذاب من
يصلح بين اثنين فبتأويلهم
كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة
فتقبل شهادتهم وهو معنى
قوله (وأولوا كذبهم بظاهر
ما ورد باطلاقة) أي بتجويز
الكذب وقوله (وهذا في
معناه) أي ستر الشاهد على
المشهد وعليه في معنى اصلاح
ذات البين بجامع أن العفو
مندوب إليه ههنا كما أن
الاصلاح مندوب إليه
هنا لك فكان ورود الحديث
هنا لك ورودها ههنا

(قوله بجامع أن العفو
مندوب إليه ههنا الخ)
أقول ينبغي أن يكون المراد
بالعفو درء القصاص والا
فهو تناول وجوب غيث
لا وجوب للقصاص لا عفو
منه ويمكن أن يقرر هذا
البحث بوجه آخر بأن يقال
انه لا يكذب للعفو لانه فرع
وجوب القصاص والظاهر
أن يقول بجامع أن الستر
مندوب إليه أو يقال هذا
اصلاح معنى حيث يخلصه
بهذا الكذب عن القتل
الذي لامضرة فوقه وأي
اصلاح يعادله وأنت خير
إذا قيل مراده من العفو
الدرء لا يدفع المحذور

التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة فالاجال الاول ههنا معنى
الايام والثاني معنى الصنيع وهو الاحسان ثم إن كثيرا من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما
يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود في قولهم لا ندري بأي شيء قتله اما صادقون أو كاذبون
وعلى كلا التقديرين ينبغي أن لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف
موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال في جوابه انهم جعلوا
عالين بأنه قتله بالسيف لكنهم يقولهم لا ندري اختاروا حسبة الستر على القاتل وأحسنوا إليه بالاحياء
وجعل كذبهم هذا معقوا عند الله تعالى لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فبتأويلهم
كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله أولوا كذبهم بظاهر ما ورد باطلاقة أي
بظاهر ما ورد بتجوز الكذب انتهى كلامهم أقول فيه نظرا لا ورودا لما ذكره على وجه الاستحسان
اصلاحا حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا المضيق وذلك لان ما ذكره من المهدور في صورة ان صدق
الشهود هو بعينه ما ذكره المصنف في وجه القياس في هذه المسئلة وقد حصل الجواب عنه في وجه
الاستحسان الذي ذكره من قبل توضيحه هو أنه لم تكن شهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة الآخر
منهم بالقتل بآلة أخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة
بل كانت شهادة كل واحد منهم بقدر مطلق والمطلق ليس بمجمل ولهذا وجب العمل به كما عرف في اصول
الفقه فمحمل على الأقل المتيقن فيجب أقل موجبه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه فلا
يتوجه أن يقال ان صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف باختلاف الآلة وأيضا
قول المصنف في ذيل هذا الكلام فلا يثبت الاختلاف بالشك بأي كونه مراده بكلامه هذا هو الجواب
عما ذكره هؤلاء الشراح اذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار أنهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على
تأويلهم كذبهم بما ورد في الحديث فلا يبقى الاحتياج اذ ذلك الى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك
بل لا يكون له مساس بالجواب المذكور فيلزم أن يكون لغوا من الكلام والحق عندى أن قول
المصنف ولانه يحمل اجالهم في الشهادة الخ وجه آخر للاستحسان يظهر تقريره ونطبقه للقام بأدنى
تأمل صادق ويخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في هذه المسئلة مذكور في الكافي وغيره
وهو أن الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل (قوله وهذا في معناه) قال جمهور
الشراح أي ستر الشاهد على المشهد وعليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب إليه ههنا
كما أن الاصلاح مندوب إليه ههنا فكان ورود الحديث ههنا كورودها ههنا انتهى أقول فيه بحث لان
المنسوب اليه في باب القتل انما هو عفو أو ليا القتل دون عفو الشهود وكيف ولو كان العفو حق الشهود
وكان الافضل لهم أن لا يشهدوا رأسا بما يتعاق بالقتل كما في الحدود فلزم أن لا يوجد الباعث على
ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة ههنا بخلاف اصلاح ذات البين فانه قد يتوقف على ارتكاب
الكذب فيرخص الكذب ههنا وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال ينبغي أن يكون المراد
بالعفو درء القصاص والافهو تناول وجوب غيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه ثم قال والظاهر أن يقول
بجامع أن الستر مندوب إليه انتهى أقول يرد على توجيهه أيضا أن يقال لو كان درء القصاص من غير شبهة
مندوب إليه وكان درؤه جائزا للشهود بعد أن عاينوا القتل بجراح عمد الكان عليهم أن لا يشهدوا بالقتل
أصلا فلا يوجد ما يسوغ ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة ههنا ثم ان ورود هذا على ما عده
أظهر ههنا أظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوب إليه لكان الافضل للشهود أن يستروا طربان لا يشهدوا

وقوله (فلا يثبت الاختلاف بالشك) يعني اذا احتمل أن يكونوا عالين وأجلوا (٣٩٧) واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك

والاختلاف لا يثبت بالشك (وتجب الدية في ماله لان الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة) (وقوله (واذا أقر الرجلان الخ) مستلذان منها على أن تكذيب المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي فان من أقر بألف درهم وصدقه المقر في النصف وكذبه في النصف يصح الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما يشهد به يبطل شهادته أصلا لكونه تفسيقا له وفسق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما أقر به اذا كذبه في كل ما أقر به بطل الاقرار لانه رد لا قراره وعلى هذا الوفاي المقر بدل قوله قتلناه صدقنا لم يكن له أن يقتل واحدا منهما لان معنى قوله صدقنا معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه أنت قتلت وحده وفي ذلك تكذيب الآخر في الجميع وهو تكذيب لهما

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به (ومن رى مسلما فاردا باليه والمري اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الراي الدية لورثته المرند عند أبي حنيفة

فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال (واذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلناه جميعا فله أن يقتلهم وان شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر يقتله وقال الولي قتلناه جميعا بطل ذلك كله) والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاولى من المقر له وفي الثانية من المشهود له غير أن تكذيب المقر له المقري في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال (ومن رى مسلما فاردا للمري اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الراي الدية عند أبي حنيفة بالقتل أصلا كما في الحد ودفعه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد (قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك) قال في العناية يعني اذا احتمل أن يكونوا عالين وأجلوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى أقول لقائل أن يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك أيضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فاذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر (قوله غير أن تكذيب المقر له في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا) قال صاحب الغاية في هذه المسئلة اذا أقر كل واحد منهما بالقتل فقد أقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما بانلاف بعض النفس والقصاص يجب بانلاف البعض كما يجب بانلاف الكل فلهذا كان له أن يقتلهم وأما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار لما أقر كل واحد منهما بالقتل صدق الولي بقوله قتلناه كل واحد منهما في نصف القتل وكذبه في النصف والتكذيب في نصف ما أقر به لا يبطل الاقرار أما التكذيب في كل ما أقر به يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون رد الاقراره والاقرار يرتد بالرد انتهى أقول هذا الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما مر غير مرة أن القتل لا يتجزأ فكيف يتصور اتلاف بعض النصف ونصف القتل كما زعموا وبنا عليه معنى المقام وأيضا قد مر أن الأصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص بانلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب أن معنى المقام هو أن كل واحد منهما أقر بالقتل بانفراده وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلناه جميعا في بعض ما أقر به وهو القتل وكذبه في بعضه الاخر وهو انفراده فعلى مقتضى أن تكذيب المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي يؤخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فالولي أن يقتلهم جميعا وان رد انفراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما اذا قتل جماعة واحدا عدا حيث يقتص من جميعهم اجماعا بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح

وقال لا شيء عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه وذلك ابراء للضامن) لان من أخرج المتقوم عن التقوم سقط حقه كالغصوب منه اذا أعتق الغصوب فانه صار ميراثا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه وصار ميراثا (كما اذا أبرأه) أى الرامى عن الجناية أو حقه (بعد الجرح) أى انعقاد سببه وهو الرامى قبل أن يصيبه السهم (ولابى حنيفة أن الضمان يجب بفعلة وهو الرامى اذا فعل منه بعده) وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب (فيعتبر حالة الرامى والمرمى اليه فيه امتقوم) واستوضح اعتبار وقت الرامى بما اذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم أصاب فان رده بعد الرامى لا يحرم لان فعله ذلك شرعا وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرامى قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة أنسب مما قاله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لا مكان اعتبار وقت الاصابة هناك فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمدا فالواجب القصاص أجاب بقوله (والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة) يعنى الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة (ووجبت الدية) أى فى ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شيء فى قولهم جميعا (وكذا اذا رمى حربيا فأسلم) ثم وقع به السهم (لان الرامى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقويم المحل فلا ينقلب موجبا للصيرورته متقوما بعد ذلك) ونقض بما اذا رمى الى صيد فى الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامى وأجيب بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة الحرم وإشارته وهذا لا يكون أقل من ذلك

(قال المصنف وقال لا شيء عليه) أقول قال الكاكي وبه قالت الاثنية الثلاثة لان التلف حصل فى محل لا عصمة له فيكون هدرا كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات وكما لو أبرأه بعد (٢٩٨) الجرح أى عن الجناية أو حقه وكما لو أبرأه عن حقه أو الجناية ثم أصابه السهم

وقال لا شيء عليه) لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا للرامى عن موجب كما اذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب بفعلة وهو الرامى اذا فعل منه بعده فمعتبر حالة الرامى والمرمى اليه فيه امتقوم وله ذات اعتبار حالة الرامى فى حق الحل حتى لا يحرم ردة الرامى بعد الرامى وكذا فى حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط للشبهة ووجب الدية (ولو رمى اليه وهو مرنى فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه فى قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فأسلم) لان الرامى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقويم المحل فلا ينقلب موجبا للصيرورته متقوما بعد ذلك

(قوله وقال لا شيء عليه) لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا للرامى عن موجب) قال فى العناية الا أن أباحنيفة رحمه الله يقول ان قولهما انه بالارتداد صار ميراثا عن ضمان الجناية غير صحيح لان فى اعتقاد المرتدان الردة لا تبطل التقويم فكيف يصير ميراثا عن ضمان الجناية كذا فى الجامع الصغير لقاضيان والتمرناتى والمحبوبى انتهى أقول لهما أن يقولوا فى الجواب عنه اننا لا نريد بالبراءة فى قولنا انه بالارتداد صار ميراثا حقيقة الأبراء بل نريد بذلك الإبراء الحكمى لانه بارتداده لما أسقط تقوم نفسه شرعا أسقط حقه معنى لان ما لا تقوم له لضمان له فى الشرع فصار فعله فى حكم الإبراء شرعا سواء طابق اعتقاده ميراثا) أقول قال الاتقانى

وكما لو أعتق المالك العبد المغصوب يصير ميراثا للغاصب عن الضمان كذا ذكره فى جامع صدر الاسلام انتهى وفى شرح شاهان وبخلاف ما اذا ارتد بعد الجرح لان عدم وجوب الضمان باعتبار أن الارتداد قاطع للسراية كالاعتق لا باعتبار أنه صار ميراثا انتهى (قال المصنف لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا) أقول قال الاتقانى

هذا لا يصح لان عنده يعنى عند المرتدان الردة لا تبطل التقويم فكيف يكون ميراثا عن ضمان الجناية كذا ذكره قاضيان انتهى وفيه بحث (قال المصنف كما اذا أبرأه) أقول أى بالارتداد فانه اذا ارتد بعد الجرح قبل الموت لا تجب الدية ويجوز أن يكون المراد بالبراءة العفول لكن الاول أنسب للقيام (قوله أو حقه بعد الجرح الخ) أقول لا غنى الحاجة الى اخراج الكلام عن ظاهره هنا فانه على ظاهره يصح أن يكون مقيدا عليه لصورة النزاع بخلاف ما فى دلائل أبى حنيفة رحمه الله تعالى من قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت كما لا يخفى (قوله أى انعقاد سببه وهو الرامى قبل أن يصيبه السهم) أقول فيه شئ (قال المصنف ولو رمى اليه وهو مرنى فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه فى قولهم جميعا) أقول قال الكاكي فى معراج الدراية أى فى قول أصحابنا وقال الشافعى وأجيب عليه فى المرتد والحربى اذا أصابهما الرمية بعد اسلامهما الدية لان الاعتبار بحالة الاصابة اذا رمى بسبب والاصابة جناية والاعتبار بحالة الجناية كما لو حفر ثورا الحربى فوقه فيها بعد اسلامه وقتلنا الرامى لم ينعه قدم موجبا للضمان لان المرمى غير متقوم وان أصابه متقوما بعده وان أصابنا اعتبر وحالة الرامى كفى هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما سيجىء وكذا فى مسئلة الذمى ثم تجس وكذا فى مسئلة المحرم الا أنهم ما يقولون فى مسئلة رمى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير ميراثا للرامى عن الضمان ولهذا قالوا يصير بالارتداد ميراثا للبراءة انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالارتداد لا يصير ميراثا لان عنده الردة لا تبطل التقويم فكيف يصير ميراثا عن الضمان كذا فى جامع قاضيان والتمرناتى والمحبوبى الى هنا كلام العلامة الكاكي الآن قول المصنف فيعتبر حالة الرامى ينبوع ذلك بعض نبوة

(وانرى عبد افاعته مولا ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى) حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم وبعده ثمانمائة درهم لزمه ما تادى به لان العتق قاطع للسراية لا شبهة من له الحق لان المستحق حال الجندية المولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار (٢٩٩) العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد

أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقعدة وانما يضمن النقصان وإذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي وهي جناية تنقص به اقيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك أى فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى ولهم ما أنه يصير قاتلا الى آخر ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذارى مسلما قاتدا والعياد بالله قبل الاصابة حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو أن المرمى اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالنسابة وأما الاعتاق فانه لا ينافى العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى الا في صورة الارتداد (وقوله بخلاف القطع والجرح) جواب عما ذكرنا محمد من صورة الجرح والقطع

قال (وانرى عبد افاعته مولا ثم وقع السهم فعليه قيمته للمولى) عند أبي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة له أن العتق قاطع للسراية وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها اقيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهم ما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعده السراية ولو وجب شيء لوجب للعبد قصير النهاية مخالفة للبداية

أولم يطابق ولعل تفريع المصنف قوله فيكون مبرئا للرأى عن موجهه على قوله لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه بوى الى ما ذكرناه (قوله وقول أبو يوسف مع قول أبي حنيفة رجحه ما الله) قلت لعل وجه عدول المصنف ههنا عن التحرر بالمألوف حيث لم يقل فيما قبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رجحه الله هو أن كون أبي يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكرنا في الاسلام البزدوى في شرحه قوله مع أبي حنيفة كما بين في غاية البيان فلو قال المصنف في أول المسئلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير الاسلوب اشارة الى أن فيه اختلاف الرواية وان الاختراع عنده كون قوله مع أبي حنيفة (قوله ولهم ما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته) قال الشراح مرأب حنيفة في هذه المسئلة على أصله وأبو يوسف فرق بين هذه وبين ما تقدم ووجه الفرق أن المرمى اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما نصار مبرئا عن الجناية اذا الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيها وأما الاعتاق فانه لا ينافى العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى انتهى أقول في وجه الفرق نظر لان الاعتاق وان لم ينافى العصمة الا أنه ينافى كون المحل مالا متقوما فينبغي أن يصير المولى أيضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمى اليه باعتاقه ما به قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم ولما أخرجه المولى بالاعتاق من أن يكون مالا متقوما فقد أسقط حقه في قيمته ألا يرى أن المصنوب منه اذا عتق العبد المصنوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه بالاجماع كما صرحوا به فلم يكن الاخر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر الفرق المزبور من قبل أبي يوسف قال ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى أقول ليس هذا أسديد لانه مع كونه ظاهر الفساد اذ لو لم يعتبر أبو يوسف وقت الرمي في صورة الارتداد لما صرح منه القول بأنه صار بالارتداد مبرئا عن الضمان فان الأراء انما يصح بعد انعقاد السبب بخلاف لما صرح به كبار المشايخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية وهما يقولان بقول أبي حنيفة في أن المعتبر حالة الرمي ولهذا وافقه في هذه المسائل يعنى المسائل الآتية في الكتاب ونظائرها الآن المرمى اليه في مسئلتنا لما ارتد صار مبرئا للرأى عن الدية باخراجه نفسه من أن يكون معصوما وقوله معتبر في اسقاط حقه كما اذا أبرأ المصنوب منه الغاصب باعتاق المصنوب على ما ذكرنا الآن أبا حنيفة يقول ان قوله ما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان

استشهادا على قطع السراية وتحقيقه أن العتق فيما يوجب قطع السراية لا خلاف نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققه في المنتزعة فيه

(قوله ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد) أقول المعتبر فيها أيضا عند وقت الرمي فيها لكنه يقول صار بالارتداد مبرئا عن الضمان ولو لم يكن المعتبر وقت الرمي فيها لم يصح قوله صار مبرئا فان الأبراء بعد تحقق السبب وانعقاده

لان الرمي قبل الاصابة ليس بالتلاف شيء منه لعدم اثره في المحل وانما تنقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابتداء فتجب قيمته للولي وزقروان كان يخالفنا في وجوب القيمة (٣٠٠) يعني ويقول بالدية تنظر الى حالة الاصابة فالجثة عليه ما حققناه والباقي ظاهر الخ

والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنائيات
ظاهر المناسبة لما أن الدية
احدى موجبي الجنابة
المشروعين للصيانة لكن
القصاص أشد صيانة فقدم
ومحاسبها محاسب القصاص
والدية مصدر من ودى
القاتل المقتول اذا أعطى
وليه المال الذي هو بدل
النفس كالعسدية من وعد
قال (وفي شبه العسدية
مغلطة) شبه العمد قد تقدم
معناه وحكمه الدية المغلطة
على العاقلة وكفارة على
القاتل وقد بيناه في أول
الجنائيات

كتاب الديات

قال الزبيدي الدية هي اسم
للمال الذي هو بدل النفس
ومصدر يقال ودى القاتل
المقتول دية اذا أعطى وليه
ذلك سمي ذلك المال بالدية
تسمية للفعول بالمصدر
انتهى والاولى أن يقال
الدية هي المال الواجب
بالجنابة في نفس أو طرف
(قوله لما أن الدية احدى
موجبي الجنابة المشروعين
للصيانة) أقول فان قيل
اذا كانت الدية احدى
موجبها ينبغي أن تذكر في

أما الرمي قبل الاصابة ليس بالتلاف شيء منه لانه لا أثر له في المحل وانما نقلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا يخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للولي وزقروان كان يخالفنا في وجوب القيمة تنظر الى حالة الاصابة فالجثة عليه ما حققناه قال (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي) لان المعتبر طالة الرمي وهو مباح الدم فيها (واذا رمى المحموس صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تجس والعياذ بالله أكل) لان المعتبر حال الرمي في حق المحل والحزامة اذ الرمي هو اذ كاه فتعتبر الالهية وانسلاها عنده (ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شيء عليه) لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رمية في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهمذا اقرقا

كتاب الديات

قال (وفي شبه العمدية مغلطة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه في أول الجنائيات

في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقويم فكيف يصير ميرثا عن ضمان الجنابة كذا في الجامع الصغير لقاضخان والتمرناشي والمحموي انتهى وقال في معراج الدراية وأصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما يجب وكذا في مسئلة الرمي ثم تجس وكذا في مسئلة المحرم على ما سيجي والآنهم ما يقولان في مسئلة ان رمى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير ميرثا للرأي عن الضمان ولهذا قال لا يصير بالارتداد ميرثا والبراء انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة يقول بالارتداد لا يصير ميرثا لان في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقويم فكيف يصير ميرثا عن الضمان كذا في جامع قاضخان والتمرناشي والمحموي انتهى (قوله أما الرمي قبل الاصابة ليس بالتلاف شيء لانه لا أثر له في المحل) أقول لم يتوهم أن هذا الكلام يناقض ما قاله في صدر دليلهما من انه يصير قاتلا من وقت الرمي فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شيء من المقتول والجواب أن معنى ما قاله في صدر دليلهما هو انه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم الى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل وقد أشار اليه صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب الرمي علة للاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي فكانت وجده من ذلك الوقت انتهى

كتاب الديات

قال الشراح ذكر الديات بعد الجنائيات ظاهر المناسبة لما أن الدية احدى موجبي الجنابة في الآدمي المشروعين صيانة لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى أقول يرد على ظاهر هذا الوجه انه انما يقتضي أن يذكر الديات في كتاب الجنائيات كلقصاص بأن يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنائيات ليكون كل منهما موجبا للجنائيات لأن يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع في الكتاب والجواب أن مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنائيات وهذا المقصود يحصل بما ذكره قطعا وأما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من أبواب الجنائيات فله وجه آخر لم يذكره أصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحققت أن يجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلاة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر أنواع البيع ثم اعلم أن ما وقع في الكتاب وضع القدوري في مختصره وأما الشيخ أبو الحسن الكرخي فقد قدم في مختصره كتاب الديات على

قال

قلنا نعم لأنه نظر الى عموم مباحثها وعموم موارد ما كثرة
الاختلافات فيها ولهذا اعنون محمد كتاب الجنائيات بكتاب الديات وذكر أحكام الجنائيات فيها من القصاص وغيره

قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى فحصر برقبة مؤمنة الآية (فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجزئ فيه الاطعام) لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف

كتاب الجنائيات والشيخ أبو جعفر الطحاوي قدّم القصاص على الديان ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديان والامام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنائيات في كتاب الديان ولم يسم كتاب الجنائيات أصلاً لان عامة أحكام الجنائيات هي الديان فان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد وفي الخطا وفي شبه الخطا وفي القتل بسبب وفي العمد أيضاً اذا تمكن فيه الشبهة فرج جانب الدية في نسبة الكتاب اليها ثم ان الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح قال في القاموس الدية بالكسر حق القتيل جعهاديات وقال في الصحاح وديت القتيل أديته اذا أعطيت ديته وقال في الكافي الدية المال الذي هو بدل النفس والارش اسم للواجب على مادون النفس انتهى أقول الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما سيجيء في الفصل الآتي من أن في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي اللعنة الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاحين الدية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الذراعين الدية وفي الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل التي أطلقت الدية فيها على ما هو بدل مادون النفس وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد ابن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم رضي الله عنه كما سيأتي فالأظهر في تنسيب الدية ما ذكره صاحب الغاية آخر آفاته بعد أن ذكر مثل ما ذكر في المغرب وعامة الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابله الأذى أو طرف منه سمي به لان ما يودي عادة لانه فلما يجري فيه العفو لعظم حرمة الأذى انتهى (قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فحصر برقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فحصر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط (فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف انتهى أقول أدخل الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا أما أولاً فلانه خص بالذكر في بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فحصر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليلاً عليه فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين اذا لم يجد رقبة مؤمنة ولم يصب في سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى فحصر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين مع أن الدليل عليه قوله تعالى فحصر برقبة مؤمنة وحده وانما قوله تعالى فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الآخر من كفارته الذي لم يذكر في المدعى بخلاف تحرير المصنف فانه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبهما حيث قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة ثم قال فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الاول لقوله تعالى فحصر برقبة مؤمنة ولم يذكر كذا في الآية وقال في تعليل الثاني بهذا النص أي بآخر هذا النص وهو قوله تعالى فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وأما ثانياً فلانه قال وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وقرع عليه قوله فلا يجزئ فيه الاطعام فان كان مدار قيد فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزئ فيه الاطعام على أن تخصيص التفريع والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولاً بعقدهم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مدارهما على ما ذكره

(وكفارته عتق رقبة مؤمنة)
لقوله تعالى فحصر برقبة
مؤمنة الى قوله تعالى فن
لم يجد فصيام شهرين
متتابعين الآية وهو نص
في كونها بالتحرير أو الصوم
فقط (فلا يجزئ فيه الاطعام
لانه لم يرد به نص والمقادير
تعرف بالتوقيف)

وقوله (ولانه جعل المذكور كل الواجب) استدلال من الآية بوجهين آخرين أحدهما بالنظر الى القام وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ذلوم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله محل الأثرى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق وفي نيتة أن يقول وعبدى حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يختل الفهم والاخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مرادا (٣٠٣) لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى

البيان بيان (على ما عرف) يعني في أصول الفقه (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لان شرط هذا الاعتناق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام أحد الابوين والثاني بالظهور اذا الظاهر سلامة أطرافه ولا يجزئه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطا لما تلونا) يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة (وديته) أي دية شبه العمد (عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أربعا عاشر وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون جذعة) ولم يذكروا في بعض نسخ الهداية قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب (وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها) والخلفات جمع

ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء أو لكونه كل المذكور على ما عرف (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لانه مسلم به والظاهر بسلامة أطرافه (ولا يجزئ ما في البطن) لانه لا تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطا) لما تلونا (وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أربعا عاشر وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعي اثلاثا ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها لقوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها وأولادها وعن عمر رضي الله عنه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة

المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهما قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وقوله أو لكونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لانه لم يرد به نص الخ بعد تفريع عدم اجزاء الاطعام على ما قبله كالا ما تحتل اذ يكون المفرع عليه ان الدليل لا على المفرع فيصير قوله فلا يجزئ فيه الاطعام من قبيل تفريع المدعى على الدليل فلا يجرم بصير قوله لانه لم يرد به نص الخ دليل لا آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة أو العطف بأن يقال ولانه لم يرد به نص الخ كالا يخفى على من له درية بأساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف فانه جعل قوله ولا يجزئ فيه الاطعام كالا ما مبتدأ مطلقا بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في أسلوب تحريره أصلا (قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) قال السراج يعني أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ذلوم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله محل انتهى أقول يشكك هذا بالحرمان عن الميراث فانه جزاء القتل أيضا في العمد وشبهه والخطا وشبهه كما مر في أول كتاب الجنابات مع أنه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء في الآية المذكورة فليتأمل (قوله أو لكونه كل المذكور على ما عرف) يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان وحيث لم يذكروا أنه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان كما عرف في أصول الفقه كذا في الشروح كلها قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان السكوت لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولم يذكروا كرفيه الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول ثمة وجد بيان بنص آخر أو نقول لان سلم فانه قال الجزاء في وجوب الكفارة لا يجب في شبه العمد انتهى أقول في كل من جوابيه نظرا ما في الاول فلان التشبث بوجوب نص آخر في مادة النقص وعدم وجوده فيما نحن فيه مصر الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المصنف بقوله لانه لم يرد به نص فيلزم أن لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلا مستقلا بل يلزم أن يكون مستدركا وأما في الثاني فلان اللازم للجب دفع النقص عما ذكر في الكتاب لانه هو مورد السؤال ولا شك أن ما ذكر كرفيه مبق على وجوب الكفارة في شبه العمد وأما رواية عدم وجوبها فيه فمعزل عنه فلا وجه للصير اليه هنا كالا يخفى

ولان خلفه وهي الخواص من التوق فقوله في بطونها وأولادها صفة كاشفة والضمير في كلها للثنية واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها وأولادها قال المصنف (وديته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول قال السكاكي الاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والخواص والاسرار والايضاح فان المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف موافقا لعامة الروايات انتهى يشهد لها قوله ولهما حين شرع في تقرير دليلهما

(ولان دية شبه العمد أغلظ) يعني من دية الخطأ المحض فان الابل فيه تجب أخجاسا (وذلك) أى كونه أغلظ (فما قلنا) لاننا نقول أن ثلاثا وأنتم تقولون أرباعا (ولابى حنيفة وابى يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل) ووجه الاستدلال به أن الثابت منه عليه السلام وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع ومارواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمر وزيد وغيرهما قالوا مثل ما قالوا وقال علي تجب أثلاثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة وأربع وثلاثون خلفه وقال ابن مسعود بن مل ما قلنا أرباعا والرأى لا مدخل له في التقادير فكان كالفروع وبصير معارض المارواه واذا تعارضوا كان الأخذ بالمتيقن أولى وقوله (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) يعني لا يزداد في (٣٠٣) الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم

أو ألف دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح تغلظ في النوعين الآخرين أى الدراهم والدنانير بأن ينظر الى قيمة أسنان الابل في دية الخطأ الى قيمة أسنان الابل في شبه العمد فإزداد على أسنان دية الخطأ يزداد على عشرة آلاف درهم ان كان الرجل من أهل الورق ويزاد على ألف دينار ان كان من أهل الذهب لان التغلظ في شبه العمد شرع في الابل بزيادة جنابة وجدت منه ولم توجد في الخطأ وهذا المعنى موجود في الحجرين فيجب التغليظ فيهما ولو لم اذكره في الكتاب أن التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه يأبى التغليظ لان عدم الاتلاف وخطأه في باب العسر سواء ولا دلالة لثلاثي بطل المقدار الثابت بصرح النص بالدلالة وقوله (لما قلنا) إشارة الى

ولان دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا وله ما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل ومارواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرناه وهو كالفروع في معارض به قال (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تغلظ لما قلنا قال (وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بينا من قبل قال (والدية في الخطأ مائة من الابل أخجاسا) عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل قبل خطأ أخجاسا على نحو ما قال

ثم ان صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أول كونه كل المذ كور أى سيكون الصيام كل المذ كور ونسبه العيني أقول ليس ذاك بسديد اذ لا يخفى أن كل المذ كور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى انما هو تحريم رقبته مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده وأما إطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الأخير الذي يتم به الكل فأمر قبيح لا يناسب شرح الكتاب فالحق في التفسير أن يقال أى ولكون ما ذكرناه من التحريم والصيام كل المذ كور (قوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ لما قلنا) أقول لقاتل أن يقول اذا لم يثبت التغليظ الا في الابل خاصة ينبغي أن لا يصح القضاء بالدية من غير الابل أصلا في جنابة شبه العمد اذ قد ذكر في أول هذا الكتاب ومرا أيضا في أوائل كتاب الجنائيات أن موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل حيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيرها أن يكون دية في شبه العمد لا تنفاه ما هو المعبر في دية وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف فان قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ فان الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزداد في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على ألف دينار كما فصلوا في الشروح فليتأمل في التوجيه (قوله وهذا قول ابن مسعود وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل قبل خطأ أخجاسا على نحو ما قال) أقول فيه شيء وهو أن ابن مسعود وان روى قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قاله الآن عليا رضي الله عنه كان يقول الدية في الخطأ مائة من الابل أرباعا خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون ابنه مخاض وذكره

قوله لان التوقيف فيه وقوله (لما بينا من قبل) يعني في أول كتاب الجنائيات قال (والدية في الخطأ مائة من الابل أخجاسا) قبل منصوب باضمار كان ويجوز أن يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطأ وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في منها فقال ابن مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه أخذنا نحن والشافعي لان ابن مسعود روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتل قبل خطأ أخجاسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي أنه أوجب أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الاسما (قوله وذلك أى كونه أغلظ فيما قلنا لاننا نقول أثلاثا وأنتم تقولون أرباعا) أقول يعني والاول كمال في الغلظة (قوله لانه يأبى التغليظ) أقول ولثلاثي بطل المقدار الثابت بالنص بالقياس

ا. كن ما قلناه أخف وكان أولى بحال الخطا لان الخطا على معذور (قوله غير أن عند الشافعي) استثناء من قوله وبه أخذنا والشافعي يعني أنه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والجهة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطا (وقوله ومن العين) يعني الذهب (ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق أي الفضة اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنساء أن عمر رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم فتعارضنا فيحتاج إلى تأويل بل ذكر المصنف تأويل ما ذكره الشافعي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك إلى عهد عمر رضي الله عنه فأبطل عمر ذلك الوزن (٣٠٤) وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال روى عمر أن النبي صلى الله

عليه وسلم قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني إلى عهد عمر وذلك تناقض والثاني أن وزن ستة يزيد عليه اثني عشر ألفا فلا يكون التأويل كذلك صحيحا والجواب عن الأول أن المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز أن يكون في آخر عهده صلى الله عليه وسلم يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضا ولا تناقض حينئذ وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريرا

(قوله والجهة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطا) أقول الأولى أن يجعل إشارة إلى قول ابن مسعود وإلى المعقول قال الاتقاني أي الجهة على الشافعي قول

ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحال الخطا لان الخطا على معذور غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والجهة عليه ما رويناه قال (ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعي من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولما روى عن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك

أبو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وذكري غاية البيان وغيرهما من الشروح والمقادير لا تعرف الاسماء فكان كالرفوع فنصار ما رواه ابن مسعود معارضه فكيف يتم جعل المصنف مجرد رواية ابن مسعود رضي الله عنه دليلا على ما أخذنا نحن والشافعي به بدون بيان الربحان فيما رواه ابن مسعود نعم كون ما رواه أليق بحال الخطا لكونه أخف يصلح أن يكون من بحال ما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في أسنان الأبل في دية الخطا ونحن ربحنا رواية ابن مسعود لانه أوفق لموضوع دية الخطا وهو التخفيف إلا أن قول المصنف ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحال الخطا لان الخطا على معذور يشعر بان هذا دليل مستقل وما قبله أيضا دليل مستقل وهذا ينافي ضم الثاني إلى الأول ليحصل به الربحان وبالجهة في تحرير المصنف هنا فوعر كأكو وكان صاحب العناية تتبعه حيث غير أسلوب تحرير المصنف في شرح هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روى عن علي رضي الله عنه ~~ا. كن ما قلناه أخف فكان أولى بحال الخطا~~ لان الخطا على معذور انتهى تبصر (قوله غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض) أقول هنا كلام وهو أن قوله هذا استثناء من قوله وأخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية وغيرها والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ لكن فيه اشكال إذا الظاهر أن ضمير به في قوله وأخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهذا أقول ابن مسعود راجع إلى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول بأن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بأن لبون مكان ابن مخاض ينافي الأخذ بقول ابن مسعود لان ابن مخاض متعين في قوله وإنما الذي يصلح أن يكون مأخذ المذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أنه كان يقول في دية الخطا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر

ابن مسعود وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة والسلام انتهى وفيه بحث (قوله وفيه بحث من وجهين) قال إلى قوله وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريرا أقول قال الزبلي وإذا جمل ما رواه الشافعي على وزن خمسة وما روى عنه على وزن ستة استويا انتهى ولعل هذا الجمل أوجه وقال الزبلي كانت الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا الواحدة منها وزن عشرة والثاني وزن ستة والثالث وزن خمسة انتهى قوله وزن عشرة أي العشرة منه وزن عشرة دنائير وهو قدر الدينار وقوله وزن ستة أي العشرة منه وزن ستة دنائير وقوله وزن خمسة أي العشرة منه وزن خمسة دنائير

وقوله (ولا تثبت الدية الا من هذه الاثلاث عند أبي حنيفة وقال منها) أي من هذه الاثلاث وهي الابل والذهب والفضة (ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء هو المختار قال في النهاية وقيل في ديارنا قبص وسراويل قال وفائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة على ما هو المذهب كور في كتاب الديات يجوز كلوصالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قوله - ما لا يجوز كلوصالح على أكثر من مائة من الابل وقوله (لان عمره كذا جعل على أهل كل مال منها) قال أبو يوسف حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه ألفي شاة وعلى (٣٠٥) أهل الحلل مائتي حلة (ولا يبي حنيفة أن

التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية) وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شئ مما وجب ضمانه بالاتلاف أو غيره فان قيل فالابل كذلك اجاب بقوله (والتقدير بالابل عرف بالانكار المشهورة) كما رويناه (وعندنا في غيرها) فان قيل فليحج بها دلالة قلنا حتى ثبت أنها في معناها من كل وجه (وقوله وذ كرفي المعادل) أي في معادل المبسوط أورد هذا شبهة على ما روى عن أبي حنيفة من قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الاثلاث ووجه

قال (ولا تثبت الدية الا من هذه الاثلاث عند أبي حنيفة وقال منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لان عمره كذا جعل على أهل كل مال منها وله أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالانكار المشهورة وعندنا في غيرها وذ كرفي المعادل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما

في غايه البيان فليتامر في التوجيه (قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الاثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله وقال منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة) قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة كما هو المذهب كور في كتاب الديات يجوز كلوصالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قوله - ما لا يجوز كلوصالح على أكثر من مائة من الابل انتهى أقول ليت شعري ما باله - م صور واطهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المصنف وحصر وافية بكلامه انما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة أظهر وأجلى فان للقاتل الخيار في أداء الدية من أي نوع شاء من أنواع الدية لا من غير أنواعها كما صرحوا به فعلى قوله ما يتمكن القاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الحلل كما يتمكن من أدائها من الاثلاث المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية كتاب الديات لا يتمكن من أدائها الا من هذه الاثلاث الثلاثة (قوله وذ كرفي المعادل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما) قال جمهور الشراح أورد قوله وذ كرفي المعادل أي في معادل المبسوط شبهة على ما روى عن أبي حنيفة من أنه لا تثبت الدية الا من هذه الاثلاث ووجه ورودها أن محمدا ذ كرفي المعادل أنه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو من مائتي بقرة أو من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك دليل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الاصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما يصحح الشبهة ويرفع الخلاف وثانيهما يرفع الشبهة بحمل رواية

(٣٩ - تكمله ثامن) لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الاصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما يرفع الشبهة ويرفع الخلاف ولا يرى صحة لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا والثاني يرفعها بحمل رواية المعادل على أنها قولهما أو جعل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتين

(قال المصنف وقال منها ومن البقر مائتا بقرة) أقول قوله مائتا بقرة خبر مبتدأ محذوف أي وهي مائتا بقرة وكذا في ألفا شاة ومائتا حلة (قوله انما يظهر فيما اذا صالح القاتل الخ) أقول في الحصر كلام فان القاضي لا يحكم من غير الاثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يحخير القاتل الا فيما يخلف مذهبهما (قوله أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف) أقول ضمير يقرر راجع الى أحدهما (قوله لانه يناقض رواية كتاب الديات) أقول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ) دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على تومر فوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالرفوع إذا لم يدخل للرأى فيه وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب أن يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا يتنصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت يقول أنه تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها يعني إذا كان الأرض بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فإن زاد على الثلث فينتدحها فيه على النصف من حال الرجل ولذلك قال بعده في قول المصنف اعتبار إيجابها بالثلث وما فوقه والصواب أن يقال اعتبار إيجابها بما فوق الثلث وفيه نظر لأنه قال في شرح الكافي قال محمد في الأصل بلغنا عن علي أنه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك نأخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت ثلث (٣٠٦) الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف وبه أخذ الشافعي وهذا يصح

قول المصنف واحتجوا في ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث الدية وبما حكى عن ربيعة قال قلت لسعيد ابن المسيب ما تقول فيه من قطع أصبع امرأة قال عليه عشر من الأبل قلت فإن قطع أصبعين منها قال عليه عشرون من الأبل قلت فإن قطع ثلاث أصابع قال عليه ثلاثون من الأبل قلت فإن قطع أربع أصابع قال عليه عشرون من الأبل قلت سبحان الله لما كثرا لها واشتد مصابها قل أرشها قال أعراق أنت فقلت لأبل جاهل مسترشد أو عاقل مستنبت فقال أنه السنة وبه أخذ الشافعي وقال السنة إذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والجهة عليه

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على رضي الله عنه ومرفوعاً إلى النبي عليه السلام وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والجهة عليه ما روينا بهجومه ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعة أقل وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار إيجابها بالثلث وما فوقه المعاقل على أنها قولها ثم إن صاحب العناية رد الوجه الأول منه ما حث قال ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الديات كما مر أنفاً انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن مدار الوجه الأول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه من أفضل الرواية كتاب الديات إنما بنا في صحته ولو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند فائل ذلك الوجه بدل عليه قطعاً عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين أحدهما أنه صحيح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أغنى رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الأنواع أغنى البقر والغنم والحمل في الدية من الأموال المقدرة انتهى وتصحيح إحدى الروايتين ومنع الأخرى ليس بعز في كلمات الفقهاء وقد مره نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء دفع رد صاحب العناية الوجه الأول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع إلى قوله ما انتهى أقول هذا لا يصلح لدفع رده الوجه المزبور وإنما يصلح لأن يكون جواباً آخر عن أصل الشبهة لأن ما له إلى أن يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في أحدهما قوله الأول وفي الأخرى قوله الآخر الذي رجع إليه وقد ذكره أيضاً صاحب العناية بعد بيان ذنبك الوجهين ورداً أحدهما حيث قال وحمل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتان انتهى ومدار رده أحد ذنبك الوجهين على أن يكون المراد به تقر بالشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح وذلك لا يتصور إلا بأن ينحصر القول منه في هاتيك المسئلة فيما ذكر في المعاقل والالتفات للشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تفكرت فهم (قوله ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعة أقل) وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار إيجابها بالثلث وما فوقه أقول لقائل أن يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لأن الدية من المقدرات الشرعية ولا يجري القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم إن صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار إيجابها بالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة

ماروينا بهجومه وأن حالها أنقص من حال الرجل قال الله تعالى ولرجال علمين درجة ومنفعة أقل لا يتمكن من التزوج قال بأكثر من زوج واحد وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بالنفس بالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التسبع للأصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد أنه السنه يريد به سنة زيد فان كبار الصحابة أفتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها

(قوله والصواب) أقول مقول القول (قوله ومثل هذا الحكم يحمله عقل كل عاقل) أقول وهو أن يقل الأرض إذا كان مصابها أكثر وألها أشد على ما مر أنفاً (قوله ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول الموقوف في مثله كالرفوع على ما مر مراراً لا مدخل للرأى فيه خصوصاً في مثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل ولو لم يكن سنة لما قاله زيد رضي الله تعالى عنه فالجواب الجواب

قال (ودية المسلم والذي سواه) دية الذي كذبه المسلم رجالهم كرجالهم ونسأؤهم كنسأئهم في النفس وما دونها وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح وقد استدلل الشافعي بقوله تعالى لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة ويقول تعالى أفن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستويون ويقول صلى الله عليه وسلم المسلمون تشكافأ دماؤهم يدل على أن دماء غيرهم لا تشكافأ ولأن نقصان الكفر فوق نقصان الاقوثة وبالاقوثة تنقص الدية فبالكفر أولى وبأن الرق أثر من آثار الكفر وبه تنقص الدية فبالكفر الموجب له أولى والجواب عن الإيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنهم لا يعارضان قوله تعالى وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بأنه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بأن النقصان بالاقوثة والرق من حيث النقصان في المالكية فإن المرأة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذي يساوي المسلم في الماشية فكذلك والدية ولا يرتب أحد أن نفس كل شخص أعز من المال والذي يساوي المسلم في ضمان ماله إذا تلف في النفس أولى وإن لم يكن لنا في المسئلة إلا ما روى الزهري أن دية الذي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روى عن علي رضي الله عنه لشهرته أنما بذلوا الجزية لتسكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا وما روى عن ابن مسعود دية الذي مثل دية المسلم وما روى عكرمة عن (٣٠٧) ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم ودى

فما قتل عبائة من الأبل
لأن لنا من الظهور وفي
المسئلة ما لا يخفى على أحد

فصل فيما دون النفس

لما فرغ من ذكر النفس
ذكر ما هو متبع لها وهو
مادونها قال (وفي النفس
الدية وقد ذكرناه) وأعاد
ذكر النفس في فصل ما دون
النفس فعميد الذي كرما بعده
وقوله ذكرناه يعني في أوائل
الجنائيات ومعنى قوله في
النفس الدية يجب الدية
بسبب اتلافها كما يقال في
النكاح حل ومنه قوله
عليه السلام في خمس من الأبل
السائمة شاة وقوله (وفي

قال (ودية المسلم والذي سواه) وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا والشافعي ما روى أن النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما روي عنه أشهر مما رواه مالك فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس قال (وفي النفس الدية) وقد ذكرناه قال (وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية) والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمر بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف أنه اذا قوت جنس منفعة على الكمال أو زال جبالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية

التبع للاصل وتبعه العيني أقول لما منع أن يمنع بطلان اللازم اذا لم يحذور في مخالفة التبع الذي هو الاطراف للاصل الذي هو النفس في بعض الاحكام ألا يرى أن القصاص يجري بين الرجل والمرأة ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنائيات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس وما دونها في حكم الدية أيضا

فصل (الدية) فيما دون النفس لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون

المارن الدية) يعني فيما دون قصبة الأنف وهو ما لان منه كل ما لا تأتي له في البدن عضوا كان أو معنى مقصودا يجب بانثاقه كمال الدية ومن الاعضاء ما هو افراد كالأنف واللسان والذكر ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والخاصيتين والشفيتين واليدين وتدي المرأة والاثنتين والرجلين ومنها ما هو أربع كاشفار العينين ومنها ما هو أعشار كأصابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالأسنان (والاصل في الاطراف أنه اذا قوت جنس منفعة على الكمال أو زال جبالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية) وقيد المنفعة والجبال بالكمال لان غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وإن كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الآخر أو أله الخصى والعينين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطا لانهم يفوت جنس منفعة ولا فوت جبالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل وأما اذا تلف الكامل فيجب فيه كمال الدية

(قوله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن) أقول فيه أنه لا دلالة على العهد ويجوز أن يكون الحديث مبينا للراد (قوله في النفس أولى) أقول ولا ينتقص بالمرأة لتبوتها بالآثر

فصل فيما دون النفس (قال المصنف وفي النفس الدية) أقول أي تجب الدية بسبب اتلافها في السببية (قوله كما اذا قطع لسان الآخر من قوله والعين العوراء والسن السوداء) أقول من قبيل علقها تبنا وما باردا اذا وقع في العين والسن القلع والكسر

(لاتلافه كل النفس من وجهه وهو ملحق بالانلاف من كل وجهه تعظيماً لا دمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة) فان كان جنس المنفعة أو الكمال قائماً بعضواً واحداً فعند اتلافه يجب كمال الدية وان كان قائماً بعضوين ففي كل واحد منهما انصف الدية وان كان قائماً بأربعة أعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان قائماً بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وان كان قائماً بأكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله (قبل تقسيم الدية على عدد الحروف) يعني على جلة الحروف مما يتعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان قال في النهاية هي الالف والتاء والياء والجيم والدال والراء والزاي والسين (٣٠٨) والشين والصاد والصاد والطاء والظاء واللام والنون وفي كون الالف

لاتلافه النفس من وجهه وهو ملحق بالانلاف من كل وجهه تعظيماً لا دمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن أو الأرنيسة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزداد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لفوات منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قبل تقسيم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لان الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطء والابسلاد واستمسك البول والرحي به ودفق الماء والابلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كلمة لان الحشفة أصل في منفعة الابلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال (وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده (وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره أو شمّه أو ذوقه)

النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبع ذكر حركاتها أيضاً تحقيقاً للنسبة (قوله أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف) قال في الكافي وغاية البيان فقتل سائر عياله غير اذا كان في معناه انتهى أقول فيه نظر لان الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي هنا أن يقال فأحقابه غير دلالة (قوله ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قبل تقسيم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر يجب) قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتاء والياء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والصاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف من ذلك نظير لانه من أقصى الخلق على ما عرف انتهى أقول نظره ساقط اذا الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالالف والتاء والياء وغيرهما مذكروا هو الالفاظ التي يتجج بها لا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلام والذي من أقصى الخلق انما هو الحرف الذي يقع جزء الكلام كما في أول أخذوا وسط سأل وأخر قرأ الحرف الذي يتجج به وهو لفظ ألف اذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزءه الاوسط الذي هو اللام فتشأن نظراً صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكروا الهمزة بدل الالف كما لا يخفى فان قلت الالفاظ التي يتجج بها أسماء مسميات الحروف المبسوطة التي ركب منها الكلام كالحقيقة صاحب الكشاف في

من ذلك نظر لانه من أقصى الخلق على ما عرف فالجيم يمكنه اتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روي أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمان على رضى الله عنه فأمره أن يقرأ اب ت ث فكلما قرأ حرفاً سقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أو يجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القيل الاول وبه صححه شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو ما لا يقتصر الى اللسان ان تهيأت بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا ينهيا فيجب الامتناع بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الخواص فقبل اذا صدق الخائف أو استخلفه على البتات ونكل ثبت قوامها وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة الى ذلك فان لم

يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانتكار فطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادي فان أجاب علم أنه لا يسمع وحكي الناطقي عن أبي حازم القاضي أن امرأة قطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها جأ غطي عورتك فاضطربت وتساوت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم أن الضوء باق وان لم تدمع علم أن الضوء ذاهب وذكر الطحاوي أنه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم بان يوضع بين يديه مال رائحة كريهة فان نفعه علم أنه لم يذهب شمه

(قوله أو استخلف على البتات) أقول أي لا على العلم لانه فعل نفسه

وقوله (لان كل واحد منهما منفعة مقصودة) يعني ليس فيها استنباع كل واحد منهما الاخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الادوية واحدة لان الاطراف تتبع النفس اما الطرف فلا يتبع طرفا اخر وبذلك يدفع ما قبل لومات من الشجة لم تلتزم الادوية واحدة بفوات هذه المنافع بدون الموت أولى فان في الموت استنباع دون عدمه وعلى ذلك ما روي عن عمر كاذ كرفي الكتاب وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه يعوت به منفعة الجمال قالوا والحق رأس انسان أول حينه لا يطالب (٣٠٩) بالديانة حالة الحق بل يؤجل سنة

لتصور النبات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الخالق وقال فيه حكومة وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله (كافي الاذنين الشاخصين) أي المرتفعتين وصفهما لدفع ارادة السمع وقوله (أنه يجب فيها كمال القيمة) هي رواية المحسن عن أبي حنيفة اعتبروا بالديانة في الحر لرفوات الجمال (والتخرج على القاهر) وهو أنه يجب نقصان القيمة وقوله (هو الاصح) احتراز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الديانة لانه عضو على حدة ويقوت به الجمال وقوله (ويستوى الخطأ والعمد) يعني كما يجب الديانة في خلق الرأس واللحية خطأ فكذلك اذا خلقتهما عدا قبل وصورة خلقهما خطأ أن نظنه مباح الدم خلق الولي لحينه ثم ظهر أنه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجود اذا كان عدا اذا المانع عنهما مع الامكان واجب بأن القصاص عقوبة والعقوبة

لان كل واحد منهما منفعة مقصودة وقد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال (وفي اللحية اذا حلفت فلم تنبت الديانة) لانه يفوت به منفعة الجمال قال (وفي شعر الرأس الديانة) لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي يجب فيها حكومة عدل لان ذلك زيادة في الاذى ولهذا يخلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي خلقها تفويته على الكمال فوجب الديانة كافي الاذنين الشاخصين وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى أن من عدمه خلقه يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة والتخرج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال (وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح) لانه تابع للقيمة فصار كـ بعض أطرافها (ولحية الكوسجران كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في خلقه) لان وجوده يشينه ولا يزينه (وان كان أكثر من ذلك وكان على الخدود والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل) لان فيه بعض الجمال (وان كان متصلا ففيه كمال الديانة) لانه ليس بكوسجر وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنيب فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق أثر الجفانية وبودب على رنكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في الحر لانه يزيد به جمال وفي العبد يجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل لانه في غيرا وأنه يشينه ولا يزينه ويستوى العمد والخطأ على هذا الجمهور (وفي الخاجمين الديانة وفي احداهما نصف الديانة) وعند مالك والشافعي رجهما الله يجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية

أول سورة البقرة وجهور الشراح انما عدوا الالف ونظائره من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك ما يتبعى به من الالفاظ قلت قد وقع في عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مسامحة استعمالا للحرف في معنى الكلمة كما نص عليه أيضا صاحب المكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح ههنا بل كلام المصنف أيضا جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجى فان قلت لم يربطوا بالحروف ههنا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلم ولم يخرجوا الالف من عداد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعلى سر ذلك أن لفائف من الحروف انما يعرف بالامتحان والامتحان انما يكون في العادة بحروف التهجى كما وقع بها في قصة علي رضي الله عنه وهي ما روي أن رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ اب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الديانة بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الديانة بحسبه وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها فجبروا ههنا في العبارة والارادة على وفق ذلك تأمل تنقف (قوله وان كان متصلا ففيه كمال الديانة) لانه ليس بكوسجر وفيه معنى الجمال أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه يناق في سياق كلامه فانه قسم لحية الكوسجر على ثلاثة أقسام وجعل منها ما كان متصلا فقوله لانه ليس بكوسجر في تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الديانة

لأن ثبت الا بالنص أو دلالة ولا نص في الشعور وليست في معنى المنصوص وهو الجروح لانه لا يحتاج في تفويتها الى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما يتوهم في الجراحات وليس فيه امانة ذى الروح فلا يجوز إلحاقها بالمنصوص دلالة كالأجور قياسا

(قوله يعني ليس فيها استنباع كل واحد منهما الاخر بخلاف قتل النفس) أقول الاولى اسقاط لفظ كل (قوله وليس فيه امانة ذى الروح) أقول أي ليس في الشعر روح

قال (وفي العينين الدية) الأصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشعار جمع شعر بالضم قال المصنف يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً وأعله قال ذلك دفعاً لخطئه من خطأ محمد في إطلاق الاشعار على الأهداب قالوا الاشعار منابت الشعر وهي حروف العينين وأطرافهم والشعور التي عليها (٣١٠) تسمى الهدب فقال المصنف يحتمل أن مراده الأهداب فيكون مجازاً

قال (وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الأذنين الدية وفي الأنتين الدية) كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال (وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمر بن خزم وفي العينين الدية وفي أحدهما نصف الدية ولأن في تقويت الأنتين من هذه الأشياء تقويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تقويت أحدهما تقويت النصف فيجب نصف الدية قال (وفي يدي المرأة الدية) لما فيه من تقويت جنس المنفعة (وفي أحدهما نصف دية المرأة) لما بينهما اختلاف يدي الرجل حيث يجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تقويت جنس المنفعة والجمال (وفي حلمي المرأة الدية كاملة) لقوات جنس منفعة الارضاع وامسالك اللبن (وفي أحدهما نصفها) لما بينهما (وفي أشعار العينين الدية وفي أحدها ربع الدية) قال رضي الله عنه يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً كما ذكره محمد في الأصل للجوارزة كالراوية للقرية وهي حقيقة في البعير وهذا لأنه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين أذ هو يندفع بالهدب وإذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون بأهداب ففقدت دية واحدة) لأن الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصة قال (وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه السلام في كل أصبع عشر من الأبل ولأن في قطع الكل تقويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها قال (والأصابع كلها سواء) لا إطلاق الحديث ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فوجب الدية كاملة ثم فيها عشر أصابع فتقسم الدية عليها أعشاراً قال (وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الأصبع وما فيها مفاصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع قال (وفي كل سن خمس من الأبل) لقوله عليه السلام في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الأبل والأسنان والأضراس كلها سواء لا إطلاق ما روي في بعض الروايات والأسنان كلها سواء ولأن كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدي والأصابع وهذا إذا كان خطأ فإن كان عداف فيه القصاص وقدم في الجنائيات قال (ومن ضرب عضواً فذهب منفعة ففقد دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوؤها)

للمجاورة من ذكر المحل وإرادة الحال ويحتمل أن مراده الحقيقة فإن في تقويت كل واحد من المحل والحال تقويت جنس المنفعة والجمال على الكمال على ما ذكر في الكتاب وقوله (وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع) يعني أن عشر الدية الواجب بأزاء كل أصبع اغما هو بمقابلة مفاصلها فما فيه ثلاثة مفاصل كان لكل منها ثلثه وما فيه مفاصلان كان لكل منهما نصفه وقوله (والأسنان والأضراس كلها سواء) قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والأسنان كلها سواء ويقال والانياب والأضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثانياً وهي الأسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنان أسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحل تلي الانياب واثنان عشرة سناتسمى بالطواحين من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهي آخر الأسنان يسمى ضر من الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال

ينافي ذلك والجواب أن مراده بقوله لأنه ليس بكوسج أنه ليس بكوسج حقيقة وإن كان في صورة الكوسج والذي قسم لحينه على ثلاثة أقسام في سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة (قوله) والأسنان والأضراس كلها سواء) قال في العناية قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والأسنان كلها سواء أو يقال والانياب والأضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثانياً وهي الأسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنان أسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحل تلي الانياب واثنان عشرة سناتسمى بالطواحين من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهي آخر الأسنان يسمى ضر من الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ

الأسنان والأضراس سواء لعوده إلى معنى أن يقال الأسنان وبعضها سواء فإذا ضرب رجل رجلاً حتى سقطت لأسنانه كلها كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر ألف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب تقويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان ومن الناس من فضل الطواحين على الضواحل لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص

وقوله (لان المتعلق) يعنى الذى يتعلق به وجوب كل الدية هو تقويت جنس المنفعة لافوات الصورة (فان قيل لانسلم) ان فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية بل الجلال ايضا مقصود كما تقدم فى خلق الحاجبين والحية وليس أحدهما أولى باستنباعه الآخر فيكون المحصر فى غير موقعه أجيب بان الجلال مقصود فى عضولا يكون المقصود منه المنفعة وأما اذا كان فالجلال تابع الأثر أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لالدية لان المقصود باليد

(٣١١)

من حيث تقويت الجلال فاذا اجتمع جعل الجلال تابعا أيضا لانه اذا كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع فوجود المستنبع أولى وقوله (لتقويت جنس المنفعة) يعنى منفعة التسلسل وقوله (لانه فوت جلالا على الكمال) هو استقامة القامة قيل وفى نفسه قوله تعالى لقد خلقنا الانسان فى أحسن تقويم أى منتصب القامة وهى تزول بالحدوبة

فصل فى الشجاج

لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائله ذكره فى فصل على حدة قال (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما أن يظهر الدم أولا لا الثانى هو الحارصة والاول اما أن يسيل الدم بعد الاظهار

(قوله كما تقدم فى خلق الحاجبين) أقول ولك أن تقول فى الحاجب منفعة فانه يرد العرق عن العين ويبرقه ذكره الكاكي لكنه

لان المتعلق تقويت جنس المنفعة لافوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية) لتقويت جنس المنفعة (وكذا لو أحده) لانه فوت جلالا على الكمال وهو استواء القامة (فلو زالت الحدوبة لاشى عليه) لزوالها لاعتنى أثر

فصل فى الشجاج قال (الشجاج عشرة الحارصة) وهى التى تخرص الجلد أى تخرشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهى التى تسيل الدم وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء انتهى أقول فى هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل فى أوله والصواب أن يقال وفيه اشارة الى أن ما فى الكتاب خطأ وقيل فى آخره فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما فى الكتاب مع أن تصحيحه على طرف التمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت من قبله فى علم البلاغة وله أمثلة كثيرة فى التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فجاء أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه الى أن يقال الاضراس وما عداها من الاسنان سواء فإنه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على ما فى الكتاب فان الاضراس نعم الانياب كما أفصح عنه فى المغرب حيث قال الاضراس ما سوى الثنايا من الاسنان وكذا ذكر فى النهاية وغيره ما يعوده معنى قوله والانياب والاضراس سواء الى أن يقال وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ما ذكر فى الاراد على ما فى الكتاب فلامعنى لان يكون ذلك صوابا دون ما فى الكتاب نعم الاظهر فى افادة المراد ههنا أن يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث أو أن يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر فى المسبوط

فصل فى الشجاج لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائله اسما وحكما ذكره فى فصل على حدة كذا فى الشروح قلت لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل فى قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التى هى نوع من أنواع مادون النفس فى فصل وذكر كرسا أنواعه التى سبقت فى الفصل الا فى فصل آخر أيضا كان أحسن وأوفق لما هو المعتاد فى نظائره كما لا يخفى (قوله والدامعة وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين والدامية وهى التى تسيل الدم) أقول تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذى ذكره المصنف وان وقع فى كثير من الكتب المعتمدة من الفقه كالبداية والنهاية وعامة الشروح واقتضاه ترتيب القدرورى فى مختصره حيث قدم الدامعة على الدامية وصرح به فى شرحه لمختصر الكرخى الا أنه منظوره عنده لانه يخالف لما ذكر فى عامة كتب اللغة الموقوفة بما فاته قال فى المغرب الدامعة من الشجاج هى التى يسيل منها الدم كدمع العين

كلام على السند (قوله ألا يرى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لالدية) أقول ولك أن تقول انما لا تجب الدية فى اليد الشلاء لان الزينة فيها ليست بكاملة ألا يرى أن الانسان يتجمل بها عند من لا يعرف حالها وأما عند من يعرف حالها فلا جلال فيها واذا لم تكل الزينة لم يكمل الارش بل وجب الحكومة (قوله فاذا اجتمع جعل الجلال تابعا أيضا) أقول لو كان تابعا لم يحب شئ بتقويته والله تعالى أعلم

فصل فى الشجاج (قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد) أقول فيه أن الخدش لا يطلق عليه القطع فى المتعارف والموجود فى الثلاث الأول ذلك

أولاً والثاني هو الدامعة والأول إما أن يقطع بعض اللحم أولاً والثاني هو الدامة والأول إما يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم أولاً والثاني هو الباضعة والأول إما أن أظهر الجلد الرقيقة الحائثة بين اللحم والعظم أولاً والثاني هو المتلاجة والأول إما أن يقتصر على الاظهار أو يتعدى والأول هو السمحاق (٣١٣) والثاني إما أن يقتصر على اظهار العظم أولاً والأول هو المتلاجة والثاني إما أن يقتصر على

(والباضعة) وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه (والمتلاجة) وهي التي تأخذ في اللحم (والسمحاق) وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلد رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهي التي توضع العظم أي تبينه (والهاشمة) وهي التي تهشم العظم أي تكسره (والمنفلة) وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله (والآمة) وهي التي تصل إلى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال (في الموضحة) القصص ان كانت عمداً لما روي أنه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولأنه يمكن أن ينهش السكين إلى العظم فينساويان فيتحقق القصاص قال (ولا قصاص في بقية الشجاج) لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حديد يتهش السكين إليه ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن أبي حنيفة وقال محمد في الأصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غوره بما يسبب ثم يتخذ حديد بقدر ذلك فيقطع به مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال (وفيما دون الموضحة حكومة عدل) لأنه ليس فيها أرض مقدرة ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ما تورع عن النخعي وعمر بن عبد العزيز قال (وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنفلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية

أن يقتصر على كسر العظم أولاً والأول هو الهاشمة والثاني إما أن يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله إلى الجلد التي بين العظم والدماغ أولاً والأول هو المنفلة والثاني هو الآمة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامعة بالغين المججمة وهي التي تخرج الدماغ لأن النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلاً لا شجة على ما يجي في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا يزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحدة منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح قوله (ولأن فيما فوق الموضحة) يريد ما هو أكبر شجة منها وهو الهاشمة والمنفلة والآمة وقوله (وفيما قبل الموضحة) يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة إلى السمحاق والمبار ما يسبب به الجرح أي بقدر قدر غوره بحديدة أو غير ما المراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها إنما هو

وقبلها الدامية وهي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم انتهى وقال في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال أبو عبيد الدامية هي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم فإذا سال منها الدم فهي الدامعة بالغين غير مججمة انتهى وقال في القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامية اه إلى غير ذلك من معتبر أن كتب اللغة وسبجي من المصنف التصريح بأن الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للحمل على الاصطلاح المحض ثم أقول الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر في المحيط البرهاني نقلاً عن الطحاوي حيث قال فيه أعلم أن أول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي تشق الجلد مأخوذة من قولهم حرص القصار الثوب إذا شقه في الدق ولا تدميه ثم الدامية وهي التي تتخذ من الجلد وتدميه ولا تسيل الدم هكذا ذكر الطحاوي وذكر شيخ الإسلام هي التي تفسر الجلد وتدميه سواء كان سائلاً أو غير سائل ثم الدامعة وهي التي تدمى وتسيل الدم هكذا ذكر الطحاوي في كتابه وذكر شيخ الإسلام هي التي تسيل الدم أكثر مما يكون في الدامية من السيلان مأخوذة من دمع العين فكانها سميت بهذا الاسم لأن الدم يصل إلى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجرد من الألم إلى هنا لفظ المحيط فتبصر (قوله والباشعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه) أقول في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتوروان تابعه صاحب الكافي وكثير من المتأخرين فيه لأن قطع الجلد متحقق في الصورة الأولى أيضاً في الدامعة والدامية إذا الظاهر أن شيئاً من اظهار اللحم وأساليبه لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقيق قطع الجلد في كل من الأنواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملاً لكل غير مختص بالباضعة فالظاهر في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط والبدائع حيث قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع

وفي

على رواية غير الأصل وأما على روايته فقد قال يجب القصاص فيما فوق الموضحة

(قوله والأول أن إما يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم) أقول ضمير بينه راجع إلى الجلد في قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد (قوله والثاني وهو الباضعة) أقول الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هي التي تقطع الجلد (قوله والأول إما أن يقتصر على الاظهار) أقول أي اظهار الجلد الرقيقة

وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائعتان ففيهما ثلثا الدية (لما روى في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال وفي الموضحة نجس من الابل وفي الهاشمية عشر وفي المنفصلة خمسة عشر وفي الآمة ويروي المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولائها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في البافضة ثلثا الدية وعن محمد أنه جعل المتلاجة قبل البافضة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروى عن أبي يوسف وهذا الاختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لاجنبية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحقققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لهما رأس مقدر وانما يجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما

اللحم أى نقطعه انتهى وبعض ذلك ما وقع في معتبرات كتب اللغة فانه قال في المغرب وفي الشجاج البافضة وهي التي جرحمت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال في الصحاح والبافضة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدعى لأنه لا يسيل الدم انتهى وقال في القاموس والبافضة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدعى لأنها تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا تشبه البافضة بالمتلاجة فانه قال في السكاب والمتلاجة وهي التي تأخذ في اللحم وهذا في المال عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير البافضة لانا نقول من فسر البافضة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاجة بما ذكر في الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا وعن هذا قال في المحيط ثم البافضة وهي التي تبضع اللحم أى نقطعه قال شيخ الاسلام ولا تزرع شيئا من اللحم ثم المتلاجة وهي التي تقطع اللحم وتزرع شيئا من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال في البدائع والبافضة هي التي تبضع اللحم أى نقطعه والمتلاجة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب البافضة فيه انتهى وقال في المغرب والمتلاجة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها أى تتلاحم وتتلاصق اه وقال في الصحاح والمتلاجة الشجة التي اخذت في اللحم ولم تبلغ السحاق انتهى وقال في القاموس وشجة متلاجة اخذت فيه ولم تبلغ السحاق انتهى (قوله وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وكذا قال في العناية نقلا عن النهاية أقول نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الامر كذلك الآن المصنف تداركه حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن يعنى أنها لما تناولت ما في جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج ممّا وقع اتفاقا (قوله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة) قال في النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص بالجهة والوجه والذقن أيضا على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى أقول ليس لهذا الكلام وجه اذا لاشك أن كلاما من الجهة والوجه والذقن داخل في الوجه لانهم صرحوا في أول كتاب الطهارة بان حد الوجه من قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمى الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما سياتى في هذا الفصل حتى صاحب النهاية ومعراج الدراية أنفسهما أيضا بان الذقن من الوجه بلا خلاف والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان

وقوله (وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة وقال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجهة والوجه والذقن وقوله (وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى) يعنى يرجع الى ما أخذ الاشتقاق فعمد ذهب الى أن المتلاجة مشتقة من تعجم الشبان اذا اتصل أحدهما بالآخر فالتلاجة ما تظهر اللحم ولا نقطعه والبافضة بعدها لانها نقطعه

(قال المصنف وعن محمد أنه جعل المتلاجة قبل البافضة الخ) أقول وعلى ما ذكره محمد تنبى التي تأخذ من اللحم غير مذكورة الا أن تعم البافضة لها كإذ كره الامام الزيلعي وغيره من الشراح

وقوله (وأما اللحيان) يريد به العظم الذي (٣٩٤) تحت الذقن وقوله (وقد تحقق فيه معنى المواجهة) فيسل عليه فيجب

أن يكون غسلهما فرضا في الطهارة وأجيب بأن تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة وقوله (ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين) مثله ان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجب نقصان عشر قيمته فأوجب عشر الدية لان قيمة الحر دية قال قاضيان والفتوى على هذا وقوله (ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة) بيانه أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارا ثلث الموضحة وجب ثلث أرض الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع أرض الموضحة وان كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرض الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث علي فانه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبء

(قال المصنف ولانه انما ورد الحكم فيها الخ) أقول دليل على عدم جواز الخاق الجراحة بهادلة في قوله ولانه تسامح (قال المصنف وهو العضوان هذان

ولانه انما ورد الحكم فيه المعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لاسواهما وأما اللحيان فقد قيل ليس من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه أرض مقدرا لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا الآن عندناهما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا وقالوا الحائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي أن يقوم علموكا بدون هذا الاثر ويقوم به هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

من الوجه أيضا عندنا خلافا لمالك فقول المصنف ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس يشمل الكل فبعد ذلك ما معنى أن يقال وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا وكل من العطف وأداة التشبيه يقتضي المغايرة لا محالة (قوله ولانه انما ورد الحكم فيه المعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة) قال بعض الفضلاء دليل على عدم جواز الخاق الجراحة بهادلة في قوله ولانه تسامح انتهى أقول ان أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع وان أراد أنه دليل أصالة على عدم وجوب أرض مقدري الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضا على عدم جواز الخاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم ولكن قوله في قوله ولانه تسامح ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب أرض مقدري الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس ولما كان قوله ولانه انما ورد الحكم فيه الخ دليل على ذلك أيضا أصالة كان حق الاداء أن يقال ولانه بلا تسامح أصلا ولعل ذلك البعض انما غره نقر بر صاحب الكافي ههنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جاء في الشجاج في الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناها حتى يلحق بهما لانه انما ورد الحكم فيه المعنى الشين الذي يلحقه بهما ببقاء أثر الجراحة والشين انما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى ولكن لتقرر بالمصنف شأن آخر كما ترى (قوله الا أن عندناهما من الوجه لا اتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا) قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب أن يفترض غسل اللحيين في الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا أن تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية أيضا وأما صاحب العناية فقد ذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال قبل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا في الطهارة وأجيب بأن تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى واقفي أثره السارح العيني أقول في الجواب اشكال عندى لان اللحيين اذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون ترك وجوب غسلهما بالاجماع نسخا للكتاب بالاجماع وقد تقرر في أصول الفقه أن الاجماع لا ينسخ الكتاب ولا السنة (قوله وقالوا الحائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن) أقول فيه كلام وهو أن الحائفة ان تناوأت ما في جوف الرأس أيضا فالتى في جوف الرأس منها ان كانت من أحد الانواع العشرة للشجاج فبما معنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذلك كرتلك الانواع باسمها وبيان حكم كل واحد منها وان لم تكن من أحد تلك الانواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله في صدر الفصل الشجاج عشرة اذ تكون الشجاج حينئذ احدى عشرة اللهم الا أن يقال هي احدى تلك الانواع وهو الأمانة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذلك كرتلك الانواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذي في جوف البطن لبيان حال قسمها الذي في جوف الرأس ولكنه تعسف لا يخفى

فصل قال (وفي أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الجنس نصف الدية ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر (فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية) لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي أحدهما نصف الدية ولأن الكف تسع للأصابع لأن البطش بها (وإن قطعها مع نصف الساعد في الأصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل) وهو رواية عن أبي يوسف وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تسع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزال على تقدير الشرع

فصل في الأطراف دون الرأس لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة كذا في العناية وغيرها أقول لا يذهب على الناظر في مسائل هذا الفصل أنها غير مختصرة في الأطراف بل بعضها متعلقة بالأطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالقتل فالوجه المذكور أنما يتشبه في بعض منها دون الكل فالوجه عندى أن يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسألة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان وأورد المصنف في فصل على حدة وآخرها عن الفصلين المارين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات فيها إلا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضا اعتمادا على فهم الناظرين (قوله وفي أصابع اليد نصف الدية) أى في أصابع اليد الواحدة نصف الدية إذ في أصابع اليدين كمال الدية كما مر أقول لقائل أن يقول لماذا ذكر في مامر أن في كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية كان ذكر هذه المسألة ههنا مستدركا إذ لا شك أن خمسة أعشار الدية تصف الدية فعلم قطعها مامر أن في أصابع اليد الواحدة وهي خمس أصابع نصف الدية ولولم يكف الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم بمسألة بل كان لا بد فيه من التصريح بها لئلا يترك أن يذكر أيضا أن في الأصبعين عشرى الدية وفي ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفي أربع أصابع أربعة أعشار الدية إلى غير ذلك من المسائل المتروكة ذكرها صراحة في الكتاب ويمكن الجواب عنه بأن ذكر هذه المسألة ههنا ليس لبيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسألة المعاقبة أيها وهي قوله فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية فالقصد بالبيان هنا أن قطع الأصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان في الحكم وعن هذا قال في الوقاية في هذا المقام وفي أصابع يدي كف ومعها نصف الدية (قوله ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر) يعني أن قطع كلهما تفويت جنس منفعة البطش وهو موجب الدية الكاملة على مامر ففي تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم إن جمهور الشراح قالوا قوله على مامر إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها أقول فيه بحث إذ الظاهر أن قوله على مامر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والالكان حق قوله وهو الموجب أن يؤخر عن قوله على مامر وإذا كان قوله على مامر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم أن يشار به إلى ما قاله هؤلاء الشراح إذ ليس في ذلك تعرض لما هو الموجب للدية حتى يشار إليه هنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية هنا قوله وهو الموجب على مامر أى الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الالة على مامر في فصل فيما دون النفس اه أقول هذا أبعد عما ذهب إليه جمهور الشراح لأن بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الالة إنما لفائدة له أصلا فيما نحن فيه لأن المفروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش دون مجرد إزالة

فصل لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة (في أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم في كل أصبع عشر من الأبل وقوله (على مامر) إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الخ

فصل في أصابع اليد قال المصنف (وفي أصابع اليد نصف الدية) أقول ولا يعلم فيه خلاف

وقوله (ولا تبع للبع) يعني وإذا لم يكن تبعاً للأصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة إذا وجهه لاهداره ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل وأجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمتع فان اليد إذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كافي آية السرقعة وقوله (وان قطع الكف من المفصل) واضح وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب) يعني أن الترجيح من حيث الحقيقة والشرع أمان من حيث الحقيقة فهو أن البطش بالأصابع وأمان من حيث الحكم فلان الاصبع له أرش مقداره الكف ليس كذلك ومثبت فيه التقدير شرعاً فهو ثابت بالنص ومالا تقدير فيه شرعاً فهو ثابت بالرأي وهو لا يعارض النص فكان ماثب فيه التقدير نصاً أولى فان المصير إلى الرأي ضرورة ولا ضرورة عندما كان إيجاب الارش المقدر (٣١٦) شرعاً ولما كان الاعتبار عند أبي حنيفة لتقدير الشرع نصاً يفرق

بين أن يكون الباقي من الأصابع واحداً أو أكثر لان للأصبع الواحدة أرشاً مقدر فيجعل الكف تبعاً للأصبع الواحدة وكذا المفصل الواحد من الأصبع في ظاهر الرواية لان له أرشاً مقدر وما بقي شيء من الاصل وان قل فلا حكم للبع وقوله (في الاصبع الزائد حكومة عدل) يعني سواء قطع عمداً أو خطأ وسواء كان للقاطع اصبع زائدة أو لا ما إذا لم يكن فسلانه لا وجه الى قطع اصبع أخرى فلا يجب القصاص كن قطع ابهام انسان وليس له ابهام ولان المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لان قيمة الاصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الاصبع الغير الزائدة أرش مقدر فلا مساواة بينهما في

ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين ولانه لا وجه الى أن يكون تبعاً للأصابع لان بينهما عضواً كاملاً ولا الى أن يكون تبعاً للكف لانه تابع ولا تبع للبع قال (وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشرة دية وان كان اصبعين فالخمس ولا شيء في الكف) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يتطرق الى أرش الكف والأصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار أحدهما لان كل واحد منهما أصل من وجه فربحنا بالكثرة وله أن الأصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعاً لان البطش يقوم بها وأوجب الشرع في اصبع واحدة عشر من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب (ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ولا شيء في الكف بالاجماع) لان الأصابع أصول في التقويم وللا كسرحكم الكل فاستقيمت الكف كما اذا كانت الأصابع قائمة بأسرها قال (وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل) نشر يقال لا دى لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة

منفعة ما بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف ههنا على ما مر إشارة الى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لان المتعلق تقويت جنس المنفعة لا تقويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسئلة هناك فممن ضرب عضواً فذهب منفعته بدون أن يقطع فليبين كون الموجب للدية تقويت جنس المنفعة لا تقويت الصورة تأثيراً وفائدة ظاهرة هناك ثم أقول الاقرب الى الحق عندي أن يكون قول المصنف ههنا على ما مر إشارة الى ما ذكره في أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والاصل في الاطراف انه اذا فرت جنس منفعة على الكمال أو زال جمالا مقصوداً في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لا تلافه النفس من وجه وهو ملحق بالانلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي اه فان الظاهر منه أن الموجب للدية الكاملة في الاطراف تقويت جنس المنفعة أو ازالة الجمال المقصود في الآدمي على الكمال فتناسب الإشارة الى ههنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر (قوله وله ما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والأصابع مدخل في البطش ومدلول قوله فيما قبل ولان الكف تبع للأصابع لان البطش بهما أن يكون الباطش هو

القيمة وأما اذا كان له اصبع زائدة فلان المساواة في القيمة يقينا بشرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا ان الواجب في قطع الزائدة حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحرز والظن فلا يقين في وقوله (لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة) قيل عليه انه منصوص بما اذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة فأزالها رجل ولم يثبت مثلها فانه لم يجب حكومة عدل وان كان الشعر جزءاً من الآدمي بدليل أنه لا يحل الانتفاع به وأجيب بان ازالة جزء الآدمي انما توجب حكومة عدل اذا بقي من أثره ما يشينه كافي قطع الاصبع الزائدة وازالة الشعرات تزينه لا تشينه فلا توجبها كالمقص ظفر غيره بغير اذنه

(قوله وأجيب بان ازالة جزء الآدمي الخ) أقول وجوب الحكومة يدل على ذلك لانها باعتبار النقص في القيمة وذلك بالشين اللاحق به وقول الكرخي لا يمكن اعتباره في غير الرأس والوجه كما لا يخفى

وقوله (وكذلك السن الشاغية) أي الزائدة (ما قلنا) يريد قوله لأنه جزء من يده فإن السن جزء من فمه والسن الشاغية هي التي يخالف نيتها بت غيرهما من الأسنان يقال رجل أشقى وأمرأة شغوا ففاتها وان كانت زائدة فهي نقصان معنى وقوله (والظاهر لا يصلح حجة للالزام) انما قيد بالالزام لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير (٣١٧) الالزام حتى لو اعتق صغيرا لا يعلم حجة

هذه الاعضاء منه يقينا

يخرج عن عهدة الكفارة لأن الغالب هو السلامة وقد تقدم من قبل في قوله ويجزئه رضيع قال (ومن شجر رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه) في هذا بيان أن الجزء قد يدخل في الكل قوله (فصار كما إذا أوضعه فمات) يعني من حيث أن ذهاب العقل في معنى تبديل النفس والخاصة بالهائم أو من حيث أن العقل ليس في موضع يشار إليه فصار كالروح للجسد وقوله (وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر) لبيان الجزئية وقوله (حتى لو نبت) يعني الشعر (يسقط) يعني أرض الموضحة لبيان أن الأرض يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفقر اليه لكونه معلوما وقوله (وقد تعلقا) يعني أرض الموضحة والدية (بسبب واحد) وهو فوات الشعر لكن سبب الدية الكل فدخل الجزئية في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فسلت يده

(قال المصنف وقال الشافعي) يجب دية كاملة) أقول قال الكاكي وبه قال أحمد والنوري لعموم الحديث قلنا

(وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم تعلم حجة حكومة عدل) وقال الشافعي يجب فيه دية كاملة لأن الغالب فيه الصحة فأنشبه قطع المارن والاذن ولنا أن المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فإذا لم يعلم حجة لا يجب الأرض الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاغية لأن المقصود هو الجمال وقد قوته على الكمال (وكذا لو استهل الصبي) لأنه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطا قال (ومن شجر رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرض الموضحة في الدية) لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما إذا أوضعه فمات وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد قد دخل الجزئية في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فسلت يده وقال زفر لا يدخل لأن كل واحد منها جناية فيمادون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات

الاصابع لا غير فبين كلاميه في المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافي تفتن له حيث غيرت بغير المصنف هنا فقال لهم أن أرض اليد انما يجب باعتبار آله باطشة والاصل في البطش الاصابع والكف تبع لها أما الساعد فلا يتبعها لأنه غير متصل به فلم يجعل تبعها في حق التضمين انتهى ثم أقول يمكن التوفيق بين كلامي المصنف أيضا بنوع عناية وهو أن يقدر المضاف في قوله فيما قبل لأن البطش به أي لأن أصل البطش بها كما قال في الكافي هناك لأن قوام البطش بها فلا ينافي أن يكون بالكف أيضا بطش في الجملة بالنسبة فيرفع التدافع (قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما إذا أوضعه فمات) أقول فيه نظر اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هـ ذامدا دخول أرض الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من أنه قد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بربيع ديات في ضربته واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بأنه لو مات من الشجة لم يلزمه الدية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم (٢) في ضربته ذهب بها العقل الدية واحدة فليتأمل (قوله وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط) قال صاحب النهاية أي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء ثبت به إذا وجوب أرض الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني أرض الموضحة لبيان أن الأرض يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفقر اليه لكونه معلوما انتهى أقول ان قوله وليس بمفقر اليه لكونه معلوما ليس بشيء إذ لا ريب أن كون وجوب أرض الموضحة بفوات جزء من الشعر لا يعمد تدفع ريب الاتصال والابلام الشديد أمر خفي جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام إذ كان الظاهر المتبادرا مما ذكره وفي فصل الشجاج أن لا يشترط في وجوب أرض الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان لا نبت بعد أصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضع العظم أي تبنيه ثم بينوا حكمها بانه القصاص ان كانت عمدا ونصف عشر الدية ان كانت خطأ ولا شك أن اسم الموضحة وحدها المذكور يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضا فكان اشتراط أن لا نبت الشعر بعد البرء أصلا في وجوب أرضها أمر أخفيا محتاجا إلى البيان بل إلى البرهان ولهذا قال المصنف وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من

خص منه لسان الآخر من انتهى وفيه أنه لا يدفع عموم حديث العين والذي ذكر (قوله أو من حيث أن العقل ليس في موضع يشار إليه الخ) أقول قال العلامة الكاكي وفيه تأمل إذ بعض أهل السنة قالوا انحلت العقل القلب وبعضهم قالوا انحلت الرأس انتهى فكان الأولى أن يقال من حيث بطلان منفعة جميع الاعضاء كما قاله المصنف فشرح كلامه بما ذكره لا يطابق المشروح (٢) لم يلزم كذا بهامش الأصل

وقوله (و جوابه ما ذكرناه) قيل يعني به قوله لان بفوات (٣١٨) العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد

وهو أشمل من الاول وقوله (قالوا) يعني المشايخ (هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف) قال في النهاية ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقعه سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فنبغي أن يذ كر محمدا مكان أبي يوسف كما هو في الايضاح أولا يذ كر أحد أصلا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني وهذا الذي ذكره اذا كان خطأ وأما اذا كان عمدا يجب أن يذهب إلى أن أريحا ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر وقوله (وجه الاول) هو أن أريحا الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام وقوله (على ما بينا) يعني قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقوله (ووجه الثاني) يعني قوله وعن أبي يوسف أن السمع والكلام مبطن قبل يراى به الكلام النفسى بحيث لا ترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به

و جوابه ما ذكرناه قال (وان ذهب سميعة أو بصراً أو كلامه فعليه أريحا الموضحة مع الدية) قالوا هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر ووجه الاول أن كلامهم ما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال (وفي الجامع الصغير ومن شجر - الاموضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك) عند أبي حنيفة قالوا وينبغي أن تجب الدية فيهما (وقال في الموضحة القصاص) قالوا وينبغي أن تجب الدية في العينين قال (وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع أو اليد كلها الا قصاص عليه في شئ من ذلك)

الشعر حتى لو نبت يسقط وقال في الكافي وجوب أريحا الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شئ وقال في المبسوط وجوب أريحا الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شئ الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات (قوله وجوابه ما ذكرناه) قال في العناية قيل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الاول انتهى أقول في قوله وهو أشمل بحث لان المراد بسبب واحد في قول المصنف وقد تعلقا بسبب واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه قوله فدخل الجزء في الجملة لان الجزئية انما توجد في صورة فوات شعر رأسه بالشجة لا في صورة ذهاب عقله بها وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكون مراد المصنف بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرحه قوله وقد تعلقا يعني أريحا الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى ولا يخفى أن هذا المعنى يختص بالمسئلة الثانية وهي صورة ذهاب شعر رأسه كما أن قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء مختص بالمسئلة الاولى وهي صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان القيل الثاني أشمل من الاول والوجه عندى أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليقه المستلثين حينئذ يوجب الشمول بلا غبار كما لا يخفى (قوله وجه الاول) أن كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء) قال في معراج الدراية قال الهندواني كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما يتقضى وهو انه لو قطع يده فذهب عقله أن عليه دية العقل وأريحا اليد بخلاف من أحد فلو كان زال العقل كزوال الروح لما وجب أريحا اليد كالأومات والصحيح من الفرق أن الجناية وقعت على عضو واحد في العقل وقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى أقول كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسئلة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة فان الجناية وقعت فيها أيضا على عضو واحد وهو اليد مع أنه لم يدخل أريحا اليد في الدية وان اعتبر العقل في تلك المسئلة عضوا مغايرا لعضو اليد فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم يعتبر العقل في مسألة الشجة أيضا عضوا مغايرا لحل الشجة حتى تكون هذه المسئلة أيضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارض في الدية كما في السمع والبصر وبالجملة ما عده الهندواني صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض أيضا فأمل (قوله ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن) قال صاحب العناية قبل يراى به الكلام النفسى بحيث لا ترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات في جعله مبطنا نظر وقوله (وقالوا) يعني المشايخ أى قال المشايخ (ينبغي أن تجب الدية فيهما) أى في العينين (والارض في الموضحة) وقال في الموضحة القصاص (قالوا) أى المشايخ (وينبغي أن تجب الدية في العينين)

التكلم بالحروف والاصوات في جعله مبطنا نظر وقوله (وقالوا) يعني المشايخ أى قال المشايخ (ينبغي أن تجب الدية فيهما) أى في العينين (والارض في الموضحة) وقال في الموضحة القصاص (قالوا) أى المشايخ (وينبغي أن تجب الدية في العينين)

وقوله (لهما في الخلافة) أي فيما إذا شجر رجلا موصحة فذهبت عيناه (فلا يجب في الموصحة القصاص وفي العينين الدية وله) أي ولاي حنيفة (أن الجراحة الأولى سارية والجراحة التي تعمل قصاصا قد لا تكون سارية أذ ليس في وسعه فعل ذلك) فلا يكون مثلا للأولى ولا قصاص بدون المماناة (ولان الفعل واحد وهو الحركة القائمة) أي الثانية حال الشجر (وكذا الحبل) أي محل الجنائتين (واحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر) ونهاية الجنابة لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظرا إلى اتحادهما وقوله (بخلاف النفسين) جواب عن قولهما كن رمي إلى رجل عمدا فأصابه وتعدى إلى غيره فقتله ووجه ذلك أننا جعلنا الفعل واحدا من حيث أن الثاني حصل من سارية الأولى وهما ليس كذلك فإن السارية أعمات تكون بتعاقب الآلام وهما وإنما يتحقق في شخص واحد وقوله (وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع) جواب عما يقال (٣١٩) إذا قطع أصبع رجل عمدا فاضطرب السكين

ووقع على أصبع أخرى

فقطعها يقتص للأولى دون

الثانية فما بال مسئلتنا لم

تكن كذلك ووجهه

أن القطع الثاني انما لم

يورث الشبهة في القصاص

لأنه فعل مقصود وأما ذهاب

العين بالسارية فليس بفعل

مقصود وقوله (لأنه ليس فعلا

مقصودا) الضمير فيه عائدا

إلى ذهاب العين بالسارية

وبهذا التوجيه يندفع

ما قال في النهاية أن في قوله

لأنه ليس فعلا مقصودا

نظرا وأن الصواب ما ذكره

في الذخيرة أنه مقصود

ولكن ليس من أثره فإنه

رجع الضمير إلى الفعل

الثاني فاختل الكلام وقد

ذكر المصنف فرقين بناء على

ما ذكر من الدليلين الأول

بالنسبة إلى الأول والثاني

إلى الثاني (وقالوا زفر)

تركيب غير جائز ولو قال

وقالا هما وزفر كان صوابا

وقوله (والوجه من الجانبين

وينبغي أن تجب الدية في الفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل) وكذلك لو كسر سن رجل فأسودت ماني) ولم يحصل خلافا وينبغي أن تجب الدية في السن كله (ولو قال قطع الفصل وترك ما ليس أو كسر القدر المكسور وترك الباقي لم يكن له ذلك) لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كالأشعة منفصلة فقال أشعجه موضحة وترك الزيادة لهما في الخلافة أن الفعل في محلين فيكون جنائتين مبتدأتين فالشبهة في أحدهما لا تمتد إلى الأخرى كن رمي إلى رجل عمدا فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول والدية في الثاني وله أن الجراحة الأولى سارية والجراحة بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطا في البداية بخلاف النفسين لان أحدهما ليس من سارية صاحبه وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع لأنه ليس فعلا مقصودا قال (وان قطع أصبعاً فسلت في جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك) عند أبي حنيفة وقالهما وزفر والحسن يقتص من الأولى وفي الثانية أرشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الأولى وهو ما إذا شجر موصحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيه ما لأن الحاصل بالسارية مباشرة كافي النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافة الأخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الأصل عند محمد على هذه الرواية أن سارية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص بوجوب الاقتصاص كالأول إلى النفس وقد وقع الأول ظاهرا ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبب لا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبب بخلاف السارية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى فانقلب الثانية مباشرة قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) الأعلى رواية ابن سماعة (ولو أوصحه موصحتين

نظر انتهى أقول: يمكن أن المراد به هو الثاني والمراد يكون السمع والكلام مبطلين كون محلها مسطورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى (قوله وينبغي أن تجب الدية في الفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل) أقول لقائل أن يقول هذا يخالف وينافي ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل كما إذا قطع أصبع رجل فسلت يده فان مقتضى ما أسلفه أن يجب في الكل الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره ههنا اللهم إلا أن يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسئلة وبما يعضده كلام تاج الشريعة هنا حيث قال وذكر الصدر الشهيدي في الجامع على نحو ما ذكرهنا

قد ذكرناه آنفا) يريد قوله ومن شجر رجلا موصحة فذهبت عيناه الخ وقوله (أنه يجب القصاص فيهما) أي في الشجة وذهاب البصر فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فأوجب القصاص فيهما في الأول دون الثاني لأنه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لايجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسارية الموصحة وقوله (بخلاف الخلافة الأخيرة) يعني قوله وان قطع أصبعاً فسلت إلى جنبها أخرى وقوله (لا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها) حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبي حنيفة والقصاص في الموصحة والأرض في العينين عندهما

وقوله (فتا كتما) أي صارنا واحدا بالكل (فهو على الروايتين) أي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة (عن محمد) يعني لأقصاص على المشهور وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة (وعن أبي يوسف أنه إذا قلع سن بالغ فنبت مكانه أخرى يجب حكومة عدل) لمكان الألم الحاصل يقوم وليس به هذا الألم ويقوم وبه هذا الألم فيجب ما انتقص منه بسبب الألم من القيمة وقوله (فنبت سن الاول) يعني بغير عوجاج وان نبت معوجا (٣٣٠) يجب حكومة عدل قوله (ولهذا يستأنى حولا) أي يؤجل سنة

فتا كتما فهو على الروايتين هاتين قال (ولو قلع سن رجل فنبت مكانه أخرى سقط الأرض في قول أبي حنيفة وقال عليه الأرض كاملا) لأن الجنابة قد تحققت والحادث نعمة مبتدأ من الله تعالى وله أن الجنابة انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن ضي فنبت لا يجب الأرض بالاجماع لأنه لم يفت عليه منفعة ولا زينة (وعن أبي يوسف أنه يجب حكومة عدل) لمكان الألم الحاصل (ولو قلع سن غيره فردا صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الأرض بكامله) لأن هذا مما لا يعتد به إذا عروق لا تعود (وكذا إذا قطع أذنه فالصقها فالتحمت) لأنم لا تعود إلى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فانتزع المزوعة سنة من النازع فنبت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم) لأنه تبين أنه استوفى بغير حق لأن الموجب فساد الثابت ولم يفسد حيث نبت مكانه أخرى فانه عدمت الجنابة ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي أن ينتظر الأيسر في ذلك للقصاص الآن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتمنا بالحوال لأنه ثبت فيه ظاهر فإذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص وإذا ثبت تبين أنا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق لأنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال (ولو ضرب انسان سن انسان فحركت يستأنى حولا) ليظهر أثر فعله (فلو أجهل القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنة فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضر به فالقول للمضروب) ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما إذا مضى موضحة فجاه وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترا (وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب) لأنه يشكر أثر فعله وقدم مضى الاجل الذي وقته القاضي اظهروا لا ترفى كان القول للشكر (ولو لم تسقط لاشئ على الضارب) وعن أبي يوسف أنه يجب حكومة الألم

(بالاجماع) وقال في التمه حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف لأن الحول مشتبه على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق بيدن الانسان فلعل فصل منها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر في انباته ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لأنه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع وقوله (فاختلفا قبل السنة) أي قال المضروب انما سقط سني بضر بك وقال الضارب بسبب آخر وقوله (ليكون التأجيل مفيدا) يعني أن التأجيل انما كان ليظهر عاقبة الامر فلا ولم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء وقوله (وان اختلفا في ذلك) أي في سقوط السن بعد السنة

وذكر في الاسلام البزدوي في مبسوطه أجمعوا على انه لو قطع مفصلا من اصبع فشل الباقي فانه يجب في الكل الأرض ويجعل كاه جنابة واحدة انتهى بتدبر (قوله) ولهذا يستأنى حولا بالاجماع أي يؤجل سنة بالاجماع وذكر في التمه أن سن البالغ إذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل إلا أن قبل البرء لا يقتض ولا يؤخذ الأرض لأنه لا يدري عاقبته انتهى قال صاحب العنابة بعد نقل ذلك اجمالا وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف لأن الحول مشتبه على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق بيدن الانسان فلعل فصل منها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر في انباته وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لأنه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع انتهى أقول نظره ساقط لأن الذي ينافي الاجماع عما نقله عن الذخيرة انما هو مفهوم قوله وبعض مشايخنا قالوا أي مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو عدم اجماع المشايخ لعدم اجماع المجتهدين ومراد المصنف بالاجماع في قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين دون اجماع المشايخ وانتفاء أحد الاجماعين لا يستلزم انتفاء الآخر

(قوله وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ) أقول يعني بعض المشايخ قالوا الاستيناء حولا وسنين انما هو في الصغير وأما في البالغ فلا يستأنى (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها يستأنى حولا) أقول اعلم أن في سن الصبي يستأنى حولا بالاتفاق وفي سن البالغ خلاف أبي يوسف والتفصيل في غاية البيان ثم لا يخفى عليك أن ما ذكره الشارح لا يدل على نفي الاجماع في سن البالغ لا يتكلف (قال المصنف وأن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لأنه يشكر أثر فعله الخ) أقول هذا لا يدل على كون القول للضارب إذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعد ما وثبت ذلك بالبيئة أو بالنكول

وقوله (وسنين الوجهين) أي وجهه قوله لاشئ على الضارب ووجه حكومة الام وقوله (يحب الارش كاملا) وقوله (لماذا كرنا) يعني قوله لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه ولم يفصل بين ما اذا كانت السن من الاضراس التي لا ترى أو من الاسنان التي ترى وقالوا يجب أن يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس فالمعتبر في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ بالاسوداد دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت مما يرى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند آخر من حكومة عدل لأنه لم يفت جنس منفعة السن ولا قوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الاسنان في بعض الانسان وانما يكون فيه نوع نقص فوجب الحكومة بخلاف الجررة (٣٣٩) والخضرة والسواد لانها لا تكون لون الانسان بحال فكان

مفوتا للجمال على الكمال اذا كانت بادية قال (ومن شج رحلا فالتحمت) كلامه ظاهر وتعليل أبي حنيفة وأبي يوسف هو الموعود قيل هذا بقوله وسنين الوجهين بعد هذا وقوله (الآن أبا حنيفة يقول ان المنافع الخ) جواب عن قول أبي يوسف فالالم الحاصل مازال وعن قول محمد انما لزمه أجر الطبيب ووجهه أن تحمل الام من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على أصلنا لا تقوم الا بعقد كالأجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة أو بشهته كالأجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شئ من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيئا وقوله (ومن ضرب رجلا الخ) يعني اذا ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرئ منها وبقي أثر الضرب فعليه أرشه

وسنين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى (ولم تسقط ولكنها السود يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص) لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه (وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي) لا قصاص لماذا كرنا (وكذا الواجر أو اخضر) ولو اصفر فيه روايتان قال (ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الارش) عند أبي حنيفة زال الشين الموجب وقال أبو يوسف يجب عليه أرش الام وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل مازال فيجب تقويمه وقال محمد عليه أجرة الطبيب لأنه انما لزمه الطبيب وعن الدوا بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله الا أن أبا حنيفة يقول ان المنافع على أصلنا لا تقوم الا به قد أبشبهه ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرئ منها فعليه أرش الضرب) معناه اذا بقي أثر الضرب فأما ادالم يبقى أثره فهو على اختلاف قدم مضى في الشجة المتحمة قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطا قبل البرء فعليه الدية وسقط عنه أرش اليد)

الأي أن المشايخ كثيرا ما يختلفون في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروى اجتماع المجتهدين فيها وبعضهم يروى اختلافهم فيها وما نحن فيه يشبه أن يكون من هذا القليل كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان فإنه قال فيها ونقل الناطقي في الاجناس عن نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف رجل قلع سن رجل لا أنتظر بها حولا وانما أنتظر بسن الصبي وأقضى عليه بأرثها وذلك لأن نبات السن بعد البلوغ نادر والى هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره وقال الناطقي أيضا قال في المجدول تزعم من صبي ينبغي القضاة أن يأخذ ضمينا من النازع للزوع سنة ويؤجله سنة من ذبوم نزع سنة فاذا مضت سنة ولم تنبت اقتصر له وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لظن الغاية والظاهر أن المصنف أيضا ذهب اليه فقال ولهذا استأني حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع أخذ بما ذكر في المجدول دون رواية خلاف أحد من المجتهدين والحب من صاحب العناية أنه جعل ما ذكر في الذخيرة منافي للاجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة منافي له حيث لم يورد النظر به مع كون منافاه اياه أظهر على تقدير رجحان الاجماع على اجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية ومعراج الدراية قوله ولهذا استأني حولا بالاجماع بخلاف رواية التتمة (قوله ولو لم تسقط ولكنها السود يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله) قال في الذخيرة والمحيط أوجب محمد كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من الاضراس

(٤١ - تكملة ثامن) وان لم يجرحه فلا شئ عليه بالاتفاق وان لم يبق أثره فهو على اختلاف

قدمضى في الشجة المتحمة وهو سقوط الارش عند أبي حنيفة ووجب أرش الام عند أبي يوسف ووجب أجرة الطبيب عند محمد

(قوله دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل) أقول ضمير فيه راجع الى الجمال (قوله وان كانت مما ترى فالامر بالعكس) أقول بخلاف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة (قال المصنف وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه أرش الام) أقول يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه وقوله فيما سبق في موضعين وعن أبي يوسف يدل على أنه غير ظاهر الرواية (قوله ووجهه أن تحمل الام من المنافع) أقول فيه تأمل (قال المصنف وقال محمد وعليه أجرة الطبيب) أقول وعليه عن الادوية لكنه غلب الاول على الثاني لا طراد منه

وقوله (لان الجنابة من جنس واحد) ليكون كل واحد منهما خطأ وقد تقدم أقسام هذه المسئلة وقوله (ومن جرح رجلا جراحة) واضح وقوله (لانه مال وجب بالقتل ابتداء) يعنى لا يعقد يحدث بعد القتل كالصلح

(قوله وقد تقدم أقسام هذه المسئلة) أقول فى أول فصل ومن قطع يدرجل خطأ (قال المصنف لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عهد الحديث) أقول وفى الكفاية ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترا فاولا مادون أرض الموضحة قوله ولا عبدا أى لا تعقل عاقلة الانسان ما جنى على عبد فمادون النفس لان الأطراف فى العبد يملك بها ممتلك الاموال والعاقلة لا تعقل الجنائيات المالية حتى لو قتل عبدا انسان خطأ فالقيمة على العاقلة لانها بدل الدم ودم العبد لا يملك به ممتلك الاموال وقد قيل ان المراد أن العبد اذا جنى جنابة فالمولى هو الذى يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولى كذا فى الاوضح انتهى ورتقى القاموس ذلك وقال لو أريد هذا المعنى لقليل وعن عبد فانه فارق بين عقلته وعقلت عنه انتهى وسيجيء جوابه على التفصيل

لان الجنابة من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانما يبدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف فى النفس كانه قتل ابتداء قال (ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعى رحمه الله يقتص منه فى الحال اعتبارا بالقصاص فى النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى فى الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها ما لها الاحال لان حكمها فى الحال غير معلوم فلعلها تسرى الى النفس فيظهر أنه قتل وانما يستقر الامر بالسيرة قال (وكل عمدة سقط القصاص فيه بشبهة فالدية فى مال القاتل وكل أرض وجب بالصلح فهو فى مال القاتل) لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عهد الحديث وهذا عهد غير أن الاول يجب فى ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبهه شبه العمد والثانى يجب حال لانه مال وجب بالعقد فأشبهه الثمن فى البيع

التي لا ترى أو من العوارض التي ترى قالوا يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضرار التي لا ترى ان فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرض كاملا والا يجب حكومة العدل وان كان السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الأرض بالاسوداد وان لم تفت منفعته لانه فوت بجالا على الكمال انتهى وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم الى الذخيرة فقط وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل انه يخالف لما ذكره قيسيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع فى العضو الذى يقصد منه المنفعة انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بأن المنفعة فى الانسان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها أيضا فى الجملة وانما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للانسان وما ذكره قيسيل فصل الشجاج من كون الجمال تابعا عما هو فى الاعضاء التي يقصد منها المنفعة أصالة كاليد ونحوها فلا يخالف (قوله لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عهد الحديث) قال صاحب الغاية فيه أنه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر أنفا انتهى أقول هذا النظر فى غاية السقوط أما أولا فلان هذا الحديث كما روى موقوفا عن ابن عباس والشعبي روى أيضا مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه هنا صاحب الكافي حيث قال والاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليه ومر فوعا الى رسول الله عليه السلام لا تعقل العاقلة عهدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترا فاولا مادون أرض الموضحة انتهى وكذا نص عليه المصنف فى كتاب المعاقل بهذا المتوال فكان من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما روى مرفوعا اليه بلا ريب وهذا يكتفى فى صحة عبارة المصنف هنا كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه على ما روى موقوفا أيضا يحمل على الرواية عن النبي عليه السلام لانه مما لا يعلم بال رأى بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابى عن الكذب والجفاف وبصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر فى علم الاصول ومر فى الكتاب مرارا فصح قول المصنف فى حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب الغاية أنه قال وقد مر أنفا الذى مر منه أنفا بصير جوابا عن نظره هذا فانه قال هناك روى محمد بن الحسن فى موطنه وقال أخبرنا عبد الرحمن بن أبى الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضى الله عنهما قال لا تعقل العاقلة عهدا ولا صلحا ولا اعترا فاولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الامن طريق التوقيف فحمل على أنه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لصيانته عن الكذب والجفاف الى هنا لفظه وهذا صريح فى الجواب عن نظره ههنا كما لا يخفى (قوله غير أن الاول يجب فى ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبهه شبه العمد) أقول ان قيد ابتداء فى قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد لان المصنف قال فى أوائل كتاب الجنائيات أثناء بيان أن من موجبات

وقوله (واذا قتل الاب ابنه عدا) كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي وقوله (لا سيما الى زيادة) يعني المجهل فانه زائد على المؤجل (٣٢٣) من حيث الوصف في المالبية

وهو معروف فاجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفه لانه تابع للقدرو قوله (لما روي بنا) يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عدا ولا اعترافا وقوله (عدا) أى عدا كل واحد منهم وقوله (ولهذا تجب الكفارة به) أى بالمال وانما يفديه لانهم أجمعوا على أن التكفير بالصوم لا يجب عليهم ما وقوله (ويحرم عن الميراث على أصله) أى ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعي (لانهم ما يتعلقان بالقتل) فعمل بهذا أنهم ما مطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا لما تخلف عنهما أحد حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله اذ اصل ذلك

(قوله كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي) أقول وجوبه في ثلاث سنين لم يعلم منها (قوله فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالبية) أقول قوله في المالبية متعلق بقوله زائد

قال (واذا قتل الاب ابنه عدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) وقال الشافعي رحمه الله تجب حاله لان الاصل أن ما يجب بالتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخطأ وهذا عام فلا يستحقه ولان المال وجب جبر الحق وحقه في نفسه حال فلا يتغير بالمؤجل ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس بأبي تقوم الادعى بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا مجلا فلا يعدل عنه لاسيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا (وكل جنابة أعترف بها الحاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته) لما روي بنا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال (وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جنابة موجبتها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون) وقال الشافعي رحمه الله عده عدا حتى تجب الدية في ماله لانه عدا حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على أصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عده وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرجة والعاقلة الخطأ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أذرا وأولى بهم هذا التخفيف ولان سلم تحقق العمدية فانها ترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فاني بتحقيق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها استارة ولا ذنب تستر لانهما مرفوعا القلم

شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة فلو كان الاول ههنا لا وجب بالقتل ابتداء لموجب على العاقلة على مقتضى الاصل المذكور هناك مع أنه يجب على القاتل في ماله كما صرح به آنفا فالوجه أن يترك قيد ابتداء ههنا فيقال لانه مال وجب بالقتل احترازاً به عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فانه يجب حالا ولقد أصاب فيما بعد حيث قال ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد (قوله واذا قتل الأب ابنه عدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) قال صاحب العناية كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي انتهى أقول اعتذاره هذا ليس بسديد أما أولاً فلا نذكر حكم هذه المسئلة بعدد كرتك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والبدية أيضاً بدون بيان خلاف الشافعي أصلاً فكيف يصلح بيان المصنف في شرحه خلاف الشافعي لان يكون عذراً من ذكره حكم هذه المسئلة في منته قبل مدة ومن ذكر القدوري اياه في مختصره قبل سنين متكاثره وهل يتفوقه العاقل بعمل ذلك الاعتذار وأما ثانياً فلا نذكر خلاف الشافعي ليس بمختصر في حكم هذه المسئلة المنفردة بالذ كر بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق فانه لا يقول بالتأجيل في العمد أصلاً بل يخصه بالخطأ كما يفصح عنه تعليقه المذكور في الكتاب وتلك الضابطة الكلية انما هي في العمد وحكمها التأجيل مطلقاً كما صرح به المصنف بقوله غير أن الاول يجب في ثلاث سنين فقصد بيان خلاف الشافعي لا يقتضي افراد حكمها تلك المسئلة بالذ كر بعدد كرتك الضابطة الكلية فلا تغشيه للاعتذار المذكور أصلاً

فصل في الجنين عقب أحكام الاجزاء الحقيقية أحكام الجزاء الحكي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الام (واذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً فيه غرة نصف عشر الدية) غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسمى بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء أوله وغرة الجنين أول مقدر ظهر في باب الدية قال المصنف (معناه) أى معنى قوله نصف عشر الدية (دية الرجل وهـ ذاقى الذكر وفي الاثنى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) لان نصف العشر من عشرة الاف هو العشر من خمسة آلاف والقياس وهو قول زفر أن لا يجب شيء لانه لم تعلم حياته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان قيل (٣٣٤) الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا

لا يجب في جنين البهيمة الاتقصان البهيمة ان تمكن

فصل في الجنين قال (واذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً فيه غرة وهي نصف عشر الدية) قال رضى الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الاثنى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

فصل في الجنين (قوله

غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب) أقول والعبد والامة الفارسة (قوله وقيل لان غرة الشيء أوله) أقول أول الشيء

الذي يجب في الأدنى الغرة وبعددها الدية لانه قبل ايجاب الغرة لحم ودم فلا يجب شيء (قال المصنف قال معناه دية الرجل أى معنى قوله

نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الاثنى عشر دية المرأة) أقول فيه بحث فان نصف عشر دية الرجل يشمل الذكر والاثنى

نعم يفرق بينهما في جنين الامة كما لا يخفى ويعلم جوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعى حيث قال ولهذا وجب في جنين

الحره عشر ديتها بالايجاع وهو الغرة وجوابه أنا لان

فصل (الجنانية) في الجنين لما ذكر أحكام الجنانية المتعلقة بالأدنى من كل وجه شرع في بيان أحكامها المتعلقة بالأدنى من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الأئمة السرخسى في أصوله أن الجنين مادام محتثاً في البطن ليس له ذمة سالحة لكونه في حكم جزء من الأدنى ولكنه منفرد بالحياة معد لأن يكون نفساً له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لجواب الحق له من عتق أو أوارث أو نسب أو وصية وباعتبار الوجه الأول لا يكون أهلاً لجواب الحق عليه فأما بعد ما يولد فله ذمة سالحة ولهذا وانقلب على مال انسان فألتفه يكون ضامناً له ويلزمه مهر امرأته بعد القدولى (قوله وهذا في الذكر وفي الاثنى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) أقول في هذا التفصيل الذى ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الاثنى عشر دية المرأة استدراك بعد أن قال قبله معناه دية الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بل ارباب ادق قد تقرر فيما مر أن دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر دية الرجل لا محالة وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فافائدة هذا التفصيل الفارق بينا ذكره والاثنى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدة أن لو لم يقسم نصف عشر الدية الواقع في كلام القدورى بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور وعن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف ولم يتعرض قبله لتقييد عشر الدية بعشر دية الرجل (قوله والقياس أن لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته) قال في العناية وكثير من الشروح تبين ما في الكتاب وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى أقول بردى على هذا البيان أنه انما يتم أن لو ثبت كون الغرة جزءاً فعل القتل وهو ممنوع لجواز أن يكون جزءاً اتلاف عضوم الأدنى صالح للحياة كما يجب في اتلاف سائر أعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله والظاهر في البيان هنا ما ذكر في غاية البيان ثانياً بقوله ولان الجنين في حكم الأعضاء بدلالة أنه لا يكل أرضه والأعضاء لو انفصلت بعد الموت لاتقوم انتهى تدبر (قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الاتقصان الام ان تمكن اه ورد بعض الفضلاء قوله أو معد للحياة في تقرير السؤال حيث قال كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر

وجه

أن الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين أن لو كان حياً فيجب نصف

عشر ديتيه ان كان ذكر او عشر ديتيه ان كان أنثى فكذا في جنين الامة يجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان هدواً من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكر او عشر قيمته ان كان أنثى انتهى (قوله الا في محل هو حي) أقول أى هو حي يقينا (قوله قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الأعداد كما في العلقه ولذا لم تعتبر الأعداد في قصة زفر ومرا اذا ضمان القتل والوجوب على الحر في كسر بيض الصبد عرف بالآثر على خلاف القياس

(وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة فبنته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر) روى الامام المحبوبي أن زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد أو أمة فقال السائل ولم والحال لا يخالون من أنه مات بضربة أو لم تنفخ فيه الروح فان مات بضربة تجب دية كاملة وان لم تنفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت زفر فقال له السائل أعنتقل سائبة فافترى الرأى يوسف فسأل عنه فأجاب أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر فأجاب بمثل ما أحاجه السائل فقال التعبد التعبد أى ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا أنفاً ويحتمل أنه رجع من أحدهما إلى الآخر والحديث المروى دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قبل وانما بين الشارع القيمة اشارة الى أن الحيوان لا يثبت في الذمة نبوتاً صحيحاً الامن (٣٣٥) حيث اعتبار صفة المالبية وقوله (إذا كان

خمسمائة درهم) قيل

قيسده احترازاً عن جنين

الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ

خمسمائة ورد بان ما يجب

في جنين الامة هو في مال

الضارب مطلقاً من غير

تقييد بالبلوغ الى خمسمائة

على ما سيجيء وقيل لعله

وقع سهو من الكاتب

وكان في الاصل انه كان

خمسمائة تعليلاً لكونها

على العاقلة

وجه الاستحسان ما روى أن النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد أو أمة فبنته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركتنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي (وهي على العاقلة) عندنا اذا كانت خمسمائة درهم

انتهى أقول ليس بسديد فان يتيقن كونه معد الحية ممنوع لجواز أن يفسد الماله في الرحم حينئذ ينتفي استعداده للحياة ولقد أشار اليه في النهاية حيث قال نقلاً عن المبسوط ثم للماله في الرحم مالم يفسد فهو معد للحياة فيجعل كل شيء في إيجاب ذلك الضمان بانلافه كما يجعل بيض الصبي في حق المحرم كالصبي في إيجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تبصر (قوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم) اعلم أن الناظرين في هذا المقام يخبروا في توجيه هذا القيد أعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية قيسده احترازاً عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم كذا وجدت بخط شيخى لكن هذا لا يتضح لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء الى هنا كلامه وسائر الشراح أيضاً ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن خط شيخه وردوه بما رده به صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله اذا كانت خمسمائة كانه سهو القلم وينبغي أن يكون اذ يسكون الذال بلا ألف بعده ما يعنى أنها انما يجب على العاقلة لا تمام مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل ما دونها انتهى وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له برتبة نقل التوجيه الاول مع رده حيث قال قيل في دية احترازاً عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهو من الكاتب وكان في الاصل انه كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة انتهى فكانه ارتضى التوجيه الثاني أقول التوجيه الثاني أيضاً مردود عندى اذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم فانه ينتقض بما يجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كما دونه لا على العاقلة كما صرحوا به آنفاً حيث قالوا ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه الى خمسمائة درهم وينتقض بكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة ووجب دية بالغة الى خمسمائة درهم أيضاً فيما وقعها فان مثل ذلك كله في مال

(قوله فقال له السائل

أعنتقل سائبة) أقول كانوا

في الجاهلية اذا اعتقوا

على أن الولاء للعقن قالوا

اعتقته سائبة او هو من سبب

الماء أى جريه وسبب الدابة

اهمالها (قوله وهذا دليل

على أن قول زفر هو وجه

الاستحسان) أقول أى

الوجه الثابت بالاستحسان

(قوله وقال في الذخيرة قوله

وجه القياس) أقول أى

الوجه الثابت بالقياس

(قوله قيل قيسده احترازاً عن جنين الامة)

أقول ولعل الاولى أن يقال احترازاً عنه فان ما يجب فيه

ليس مقدراً بخمسمائة ومعنى قوله اذا كانت خمسمائة اذا كانت مقدراً بها ثم عدا (قوله اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة)

أقول قوله لا تبلغ خمسمائة يعنى بأن لا يكون من مولاها ولا من المغرور فتأمل (قوله من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة)

أقول المضاف مقدر أى بعد البلوغ ثم أقول عدم بلوغ ما يجب في الجنين الى خمسمائة من الامور المقررة الظاهرة اذ لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا

حاجة الى التقييد (قوله وكان في الاصل انه كان خمسمائة)

أقول قوله اذ يسكون الذال بلا ألف (قوله لكونها على العاقلة)

أقول مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الامة على العاقلة اذا بلغت قيمته دية الرجل فالخلص ماله كذا من ملاحظة

التقدير ثم عدا

وقوله (في ماله) أي في مال الضارب (لأنه بدل) (٣٣٦) الجزء أي جزء الأذى فصار كقطع أصبع من أصابعه وقوله (دوه) أي

وقال مالك في ماله لأنه بدل الجزء ولأنه عليه السلام قضى بالعرة على العاقلة ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا أئدى من لأصاح ولا استهل الحديث إلا أن العواقل لا تعقل مادون خمسمائة (وتجب في سنة) وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه السلام جعله على العاقلة في سنة

القاتل كما مر في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه أيضا ثم أقول هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو أن يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الأمة مطلقا بأن يكون معنما إذا كانت خمسمائة درهم على البتات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا إنما يكون في جنين الحرة فإن الواجب في جنين الأمة نصف عشر قيمته لو كان حيا إن كان ذكرا وعشر قيمته حيوانا كان أنثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلا عن أن تبلغ خمسمائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى (قوله وقال مالك في ماله لأنه بدل الجزء) أقول في تعليقه نظرا لأن مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجنائي بل لا بد من أن يكون البدل أقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم وقد مر قبيل هذا الفصل أن عمدا الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبةا خمسمائة فصاعدا ويمكن أن يقال إن مذهب مالك أن لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما إذا كان أقل من ثلث الدية كما صرحوا به وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف على المختلف تأمل تنق (قوله ولأنه بدل النفس) ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه) أقول في الاستدلال على أنه بدل النفس بتسمية النبي عليه السلام دية بحيث فاته عليه السلام سمي كثيرا من بدل الأعضاء والأجزاء دية ألا يرى إلى ما مر في فصل فيما دون النفس أن سعيد بن المسيب رضي الله عنه روى أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا كتب لعمرو بن حزم رضي الله عنه وكتب له أيضا وفي العينين الدية وفي أحداهما نصف الدية إلى غير ذلك فليتأمل في الدفع (قوله إلا أن العواقل لا تعقل مادون خمسمائة) قال صاحب الغاية قول المصنف هذا يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة وكأنه يقول إذا كانت العرة أقل من خمسمائة درهم لا تعقله العاقلة ولنا فيه نظرا لأن جنين الأمة لا وجوب على العاقلة أصلا لأن الواجب في جنين الأمة على الضارب مطلقا انتهى أقول نظره ساقط لأن قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل مادون خمسمائة إنما يدل على أنها تعقل خمسمائة فصاعدا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضا في الروايات فهو قوله المذكور أنها تعقل خمسمائة فصاعدا في الجملة لأنها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقص بالواجب في جنين الأمة إذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب الغاية قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل مادون خمسمائة جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قديم بقولكم إذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى أقول الظاهر أن مراده بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر بقوله ورد بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة إلا أنك علمت سقوطه أيضا بما بيناه في سقوط نظر صاحب غاية البيان أنفا ثم أقول في تقرير مراد المصنف هنا خلل إذ لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب أما الأول فلأن مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة ودينه تبلغ خمسمائة درهم بالاجماع فمن أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة لم يجب لم تبلغ خمسمائة درهم تكون أيضا

أدوا دية أمر لمخاطب من الودى وهذا الحديث حديث جمل بن مالك بالخاء المهملة والميم المفتوحين قال كنت بين جاريين في فضربت أحدهما بطن صاحبها بهود فسقاط أو عسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فأخضم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا وليا للضاربة دوه فقال أخوها أئدى من لأصاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومنه دمه يطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه الحديث ففيه التنصيص على إيجاب الدية على العاقلة وقوله (إلا أن العواقل) جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قديم بقولكم إذا كانت خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر (قال المصنف حيث قال دوه) أقول يجوز أن يقول تعليلا لقوله قضى الخ وألقوله سماه دية والثاني أقرب ويستفاد تعليل الأول منه أيضا (قوله أو بسطخ خيمة) أقول أي عود من عودان الخباء (قوله فقال أخوها أئدى

وقوله (لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر) هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها
وأكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان
أكثر صفة لأقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس مفيد لانه لو كان نصف
العشر كان الحكم كذلك وقوله (بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها (٣٣٧) على من وجب يجب في ثلاث سنين)

ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا
بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث
الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب
يجب في ثلاث سنين (وبستوى فيه الذكروا لاني) لا طلاق ماروينا ولا في الحسين انما يظهر
التفاوت لتفاوت معاني الأدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر عقدا واحدا وهو جسمانية (فان ألقته
حياتم مات ففيه دية كاملة) لانه ألق حيا بالضرب السابق (وان ألقته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية
بقتل الام وغرة بالقائها) وقد صرح أنه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة (وان ماتت الام من
الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين) لانه قاتل شخصين
(وان ماتت ثم ألق ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين) وقال الشافعي يجب الغرة في الجنين لان
الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا ألقته ميتا وهي حية

على العاقلة حتى يتوجه أن يقال انه ينافى تقييدكم بقولكم اذا كانت جسمانية درهم وأما الثاني فلان
الحديث المذكور لو دل على أن الدية سواء كانت أقل من جسمانية أو أكثر منها على العاقلة لما صلح مجرد
قول المصنف الآن العواقل لا تعقل مادون جسمانية لان يكون معجولا به في مقابلة ذلك الحديث دون
بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب عما ذكره كما قررته (قوله ولانه ان كان بدل النفس من حيث
انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث
وبالثاني في حق التأجيل الى سنة) أقول لقائل أن يقول لم لم يعكس الامر أي لم يعمل في حق التأجيل
بالشبه الاول وفي حق التوريث بالشبه الثاني وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب ههنا والظاهر في تقرير
التعليل ههنا ما ذكر في الكافي أخذ من المبسوط حيث قال ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس
مودعة في الام حتى ينفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال
فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فلا يثبت من التأجيل الا القدر المتيقن انتهى تدبر تفهم
(قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة) قال صاحب
النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله أكثر بدون الواو بدل من أقل أي اذا كان ذلك الأقل أكثر من
نصف العشر وفي بعض النسخ أو أكثر وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر
انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية
أو أقل أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر
الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو انما
يكون اذا كان الاكثر صفة لأقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك الى هنا لفظه أقول فيه
شيء وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر العدة
على الاول تدافعا لا يخفى اللهم الا أن يكون مراده قصر الصحة على الاول من الرواية لان حيث

صورتها أن يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ فانه
يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث
سنين على ما يجبي في المعامل
وقوله (وبستوى فيه) أي
في وجوب قدر الغرة بانه
عبدا وأمة قيمته خمسمائة
درهم لا طلاق ماروينا وهو
قوله صلى الله عليه وسلم في
الجنين غرة عبدا وأمة قيمته
خمسمائة درهم وقوله
(ولان في الحسين) دليل
معقول على التساوي بين
الذكور والانثى في الولدين
المتفصلين في الدية لتفاوت
معاني الأدمية في المالكية
فان الذكر مالك مالا ونكاحا
والأنثى مالكة مالا ومملوكة
نكاحا فكان بينهما تفاوت
فيما هو من خصائص
الأدمية وهو معدوم في
الجنين فيقدر عقدا
واحدا وهو خمسمائة وقوله
(وان ألقته حيا ثم مات)
أول الأقسام الأربعة
العقلية الحاصلة من موت
أحدهما بعد الضرب وهي
أن خروج الجنين من الأم
اما أن يكون في حال حياتها
أو في حال مماتها أو في

حال حياة الأم ومات الجنين أو على العكس والاقسام مع أحكامها مذكورة في الكتاب

(قوله وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس مفيد الخ) أقول يعني غاية البيان وأجاب في الكفاية بأنه لما كان أكثر من نصف العشر
مؤجلا الى سنة فاولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها (قوله صورته أن يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ) أقول فيه أن
الاولى أن يقول مثلا اذا اشترك الخ

وقوله (فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنبنا ميتا لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال أنه لم ينفع فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفع الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لاقياسا ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان قال (وما يجب في الجنين موروث عنه) كلامه واضح وقوله (وفي جنين الأمة الخ) يعني جنين الأمة إذا كان ذكر أو لم يكن الحمل من المولى (٣٣٨) ولأن الموروث نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان

أنى وطريق ذلك أن يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيبته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك أن كان ذكرا وعشره إن كان أنثى وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والموروث لانه لو كان منهما لمزمت الغرة لكونه حرا فلو ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لانكاره الزيادة وان تعذر الوقوف على ذكره أو ثبوته نأخذ بالمتيقن

(قال المصنف فلا يجب الضمان بالشك) أقول وفيه أن التسبب للموت بوجوب الضمان أيضا فينبغي أن يجب وجوبه أن يجب الغرة ثبت بالحديث على خلاف القياس فان حياته مشكوكة وهذا ليس في معناه حتى يلحق به

ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لانه يمتنع بموتها اذ تنفسه بنفسه فلا يجب الضمان بالشك قال (وما يجب في الجنين موروث عنه) لانه بدل نفسه فيرثه ورثته (ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته) فآلت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها) لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراثا للقاتل قال (وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى) وقال الشافعي فيه عشر قيمة الأم لانه جزء من وجهه وضمان الاجزاء يؤخذ بمقدارها من الأصل

سداد المعنى فيثبت بدفع التدافع وقال صاحب الغاية وقوله أكثر بدون الواو والعاطفة في أوله على أنه صفة لقوله أقل أى إذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية وكان ذلك الأقل أكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ولكن لنا في التقيد بالاكثر نظرا لانه اذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية الى ثلثها يجب في سنة انتهى ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس بعقيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكانه ارتضاء وأشار صاحب الكفاية الى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الاولى لكن التقريب انما يأتى أن لو كان نصف العشر واجبا في سنة لان الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض لانه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها انتهى أقول فيه نظرا لانه اذا كان ما هو أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر أيضا مؤجلا بسنة لجواز أن يكون نصف العشر غير مؤجل أصلا كأقل من نصف العشر أو يكون مؤجلا بأقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لانه يمتنع بموتها اذ تنفسه بنفسه) فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنبنا ميتا لاحتمال أن يكون الموت بالضرب واحتمال أنه لم ينفع فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفع الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لاقياسا ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان كذا في العناية أخذنا من النهاية وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب

لكثرة الاحتمالات هناك ونهه كذا قيل ولك أن تقول قوله عليه الصلاة

ولنا

والسلام في الجنين غرة عام فلا بد للخصيص من دليل فليتام هل يمكن التخصيص بالمباشرة بان يقال المراد في قتل الجنين على حذف المضاف والقتل انما يستند حقيقة الى المباشرة رقبته وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرناه الخ) أقول لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام في الجنين غرة يشمله فلا حاجة الى الالحاق (قال المصنف) وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته) أقول قال الكاكي أى اذا كانت حاملا من زوجها لا من مولاه لا يكون الولد رقيقا ولا من مغرور لانه لو كان الحمل من مولاه أو من المغرور نجب الغرة ذكرا كان أو أنثى انتهى فلو قال المصنف وفي الجنين المملوك لكان أولى لعدم الاحتياج الى هذا التقييد

قوله (لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان) يعني في الاصل الا ترى أنه اذا قلع السن فنتت مكانه أخرى لم يجزئ
وهنا بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصان فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية (فيقدر بها) أي بقيمة
نفس الجنين لا بقيمة الام قوله (وقال أبو يوسف) هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البذل في جنين
الامة قول أبي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبي يوسف وعنه في رواية أنه لا يجب الاتقصان الا ان تمكن فيها نقص وان لم
يمكن لا يجب شيء كافي جنين البهيمة وقوله (فنظرنا إلى حالي (٣٣٩) السبب والتلف) يعني أوجبنا القيمة

اعبارا بحالة الضرب
وأوجبنا قيمته حيا
لامشكوكا في حياته
اعبارا بحالة التلف
لا يقال هذا اعتبار بحالة
الضرب فقط اذا الواجب في
تلك الحالة أيضا قيمته حيا
لجواز أن لا يكون حيا فلا
تجب قيمته حيا هناك بل
تجب الغسرة وقوله (ما بين
كونه مضروبا إلى كونه
غير مضروب) يعني تفاوت
ما بينهما حتى لو كانت قيمته
غير مضروب ألف درهم
وقيمته مضربا ثمانمائة
يجب على الضارب مائتا
درهم وقوله (على ما ندكر
بيانه بعد هذا) يعني في
جناية المملوك والجناية
عليه في مسألة من قطع يد
عبد فأعتقه المولى ثم
مات من ذلك وقوله (وقد
عرفت في النفوس المطلقة)
أي الكاملة بالنص فلا
تعداها إلى غير المطلقة
وهو الجنين لان القياس
لا يجزئ في العقوبات
وليس غير المطلقة تطهير

ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان
الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال أبو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا
بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده ما على نذ كان شاء الله تعالى
فصح الاعتبار على أصله قال (فان ضربت فأعتقت المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات
ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق) لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة
الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا ياء وهو حي فنظرنا إلى
حالي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير
مضروب لان الاعتاق فاطع للسراية على ما يأتيك بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا كفارة في الجنين)
وعند الشافعي تجب لانه نفس من وجهه فتجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة
وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تعداها ولهذا لم يجب كل البذل قالوا الآن يشاء ذلك لانه
ارتكب بخطور فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع (والجنين الذي قد استبان
بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام) لاطلاق ما روي بنا ولانه ولد في حق أمومية الولد
وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذلك في حق هذا الحكم ولان به هذا القدر يتميز من العلقه
والدم فكان نفسا والله أعلم

حيث قال لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه السلام في الجنين غرة يشمله فلا حاجة إلى الإلحاق
انتهى أقول هذا أمر عجيب من مثله فان مضمون إرادته مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة
فان كان جوابه المذكور هناك مقبولا عند هذا القائل فامعني ذكر السؤال وترك الجواب وان لم يكن
ذلك الجواب مقبولا عنده كان عليه بيان فساده فكانه لم ينظر إلى ما في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر
بجواب إرادته أصلا والذي ذكر في شرح تاج الشريعة هنا كذا فان قلت عموم قوله عليه السلام
في الجنين غرة عبد أو أمة يتناول المتنازع فيه قلت لا بد من اضممار فيصير كانه قال في اتلاف الجنين
غرة والشك والجمع في ذلك انتهى تأمل في تفصيل جوابه له سمعت صالح (قوله ولنا أنه بدل نفسه
لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه
فيقدر بها) أقول لقائل أن يقول ان أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليقه
يكون ما ذكره هنا ناقضا لما قاله فيما قبل من انه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة
فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام وان أراد أنه بدل نفسه من وجهه لا يكون هذا بلا على
معداها فاعمالها قاله الشافعي من أنه جزة من وجهه وضمان الاجزاء يؤخذ بمقدارها من الاصل
فليتأمل

(٤٣ - تكمله ثامن) المطلقة حتى يلحق بها دلالة الا ترى أنه لا يجب كل البذل والباقي ظاهر لا يحتاج إلى شرح

(قوله لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة) أقول فيه أن الدفع أسهل من الرفع فيبعد أن لا يكون حيا وقت
الضرب ثم لا يكون الضرب مانعا من حدوث الحياة ويكون بعد حدوثه افعاله فليتأمل (قال المصنف ولان بهذا القدر يتميز من العلقه
والدم فكان نفسا) أقول منقوض بالمضغة الآن يراد التمييز التام الكامل

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسيباً والاول اولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفاً الخ) الكنيف المستراح والميزاب معروف والجرح من قبل هو البرج وقال نحر الاسلام جذع يخرج من الانسان من الحائط ليعني عليه والعرض بالضم الناحية قبل المراد به هنا ابعاد الناس منزلة أي أضعفهم وأرذلهم ووجه الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة أشياء في اباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمدد به في الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للنزع الاعلى قول محمد فان فيه خلافاً بين العلماء قال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً أن يمنع من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا أراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الاقتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره فلكل أحد أن ينكر عليه وبه قال أبو يوسف وقال محمد ليس لاحد حق (٣٣٠) المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون في احداثه شرعاً فهو كما لو اذن له الامام

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرح مسلماً أو بنى دكاناً فدخل من عرض الناس أن ينزعه) لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً فكذلك في الحق المشترك قال (ويسع الذي عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين) لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليحق ما في معناه به اذا المانع متعنت فاذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال (وليس لاحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفاً أو ميزاباً الا باذنهم) لانهم ملوك لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضرارهم أو لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ التصرف الا اذا أضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكماً كي لا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكماً قال (واذا أشرع في الطريق روشناً أو ميزاباً ونحوه فسقط على انسان فعطبت فالدية على عاقلة) لانه مسبب لثلاثة متعذ بشغله هو الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الاصل

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسيباً وقدم الاول لكونه أصلاً لانه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعاً فكانت أسس حاجة الى معرفة أحكامه (قوله ويسع الذي عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليحق به ما في معناه اذا المانع متعنت) أقول هذا المقام محل الكلام فان المدعى هنا وهو اباحة الانتفاع بالامور المذكورة آنفاً الذي عملها مالم يضر بالمسلمين مسئلة متفق عليها بين الأئمة ودليله المذكور في الكتاب لا يتشبه الا على أصل محمد أما أولاً فلان قوله فليحق به ما هو في معناه ليس بتمام على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله اذ قد صرح في الشروح وعامة المعبريات أن أصلهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً

وأما الخصومة في الرفع فالمد كور في الكتاب قول أبي حنيفة وقال ليس لاحد ذلك أما على قول محمد فظاهر لانه جعله كالماذون من الامام فلا يرفعه أحد وأما أبو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل أحد يد فيه فالذي يحدث يريد أن يجعلها في يد نفسه خاصة فأما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يتخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت وأما وجه قول أبي حنيفة فهو المذكور في الكتاب وقوله (ويسع الذي عمله) بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام أي لا ابتداء ولاجزاء يعني منعدياً عن مقدار حقه في الاقتصاص

لان الضرر بمعنى المضارة وهو أن تضمر من ضرك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذاً أو أما اذا كان غير نافذ فقوله وكذلك وليس لاحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به هنا وقوله (لانهم ملوك لهم) يعني في الغالب قال نحر الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك به الملك فقد تنفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالباً فاقم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله (على كل حال) أي سواء كانوا متلازمين أو لم يكونوا وقوله (واذا أشرع في الطريق روشناً) وهو الممر على العلويين لوجوب الضمان

باب ما يحدث الرجل في الطريق

(قوله وتعرض للنزع ولم يتعرض للنزع) أقول يعني ان الخصومة تارة تكون للنزع وتارة للنزع فالصنف تعرض للاول دون الثاني (قوله بيان الاباحة وهو ظاهر) أقول فانه اذا وسعه الانتفاع به وسعه احداثه أيضاً (قال المصنف واذا أشرع في الطريق روشناً) أقول روشن هو الرف عن الأزهر وعن القاضي الصدر الممر على العلويين ومثل الرف كذا في المغرب وفي القاموس روشن السكة

وقوله (مما ذكرنا في أول الباب) يعني الكفيف والميزاب والجرصن وقوله (فالضمان على الذي أحده فيه) يعني ضمانهما على الحدث ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالألة (وقوله وان سقط الميزاب الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه لانه إما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج أو أصابه جميعا وعلم بذلك أولم يعلم أى الطرفين أصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله (لانه ليس بقاتل حقيقة) يعني أن الكفارة وحرم الأثر انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة والاساوى الملك غيره كفى الرى قيل ان كان قتل حقيقة فالقياس شمول (٣٣١) الوجوب في الضمان والكفارة والحرم ان

وان لم يكن فالقياس عدمه

فيها والجواب أن الضمان

يعتمد الانلاف بطريق

صيانة التعدى للماء عن

الهدر وقد تحقق باحدائه

في الطريق ما ليس له ذلك

وأما الكفارة والحرم ان

فيعد ان القتل عدأ أو خطأ

ولم يوجد شي منهما وقوله

(اعتبار الاحوال) يعني

بعدم يقين انه قتل الجراحة

ولا يعلم انه بأى الطرفين كان

فان كان بالطرف الداخل

فلا ضمان وان كان بالخارج

فعليه الضمان فيجعل كانه

حصل بالطرفين وقوله

(ولو أشرع جناحا) ظاهر

وقيل المشتري منعأ أيضا

بترك الرفع مع امكانه شرعا

وأجيب بان سبب ضمان

القتل اما المباشرة أو

التسبيب ولم يوجد منه ذلك

فصار كمن تمكن من رفع حجر

عن الطريق ولم يفعل حتى

عطب به انسان فانه لا ضمان

لانه ليس بمباشر ولا متسبب

واستش كل أيضا بالحائط

المائل اذا تقدم انسان الى

وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب (وكذا اذا عثر بنقضه انسان أو عطب به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فأتا الضمان على الذي أحده فيه) لانه يصير كالمدافع اياه عليه (وان سقط الميزاب ظرفان أصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه) لانه غير متعدي لما انه وضعه في ملكه (وان أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه) لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطر فان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم أى طرف أصابه يضمن النصف (اعتبار الاحوال) (ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرى اليه منها فتر كها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع) لان فعله وهو الوضع لم يفسخ زوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع في الطريق حجرا فأحرق شيئا يضمنه) لانه متعدي فيه (ولو حرقه الرمح الى موضع آخر ثم أحرق شيئا لا يضمنه) لنسخ الرمح فعله وقيل اذا كان اليوم ربحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى اليها فجعل كباشرته

أن يمنع العامل من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا أراد الوضع بغير إذن الامام لان فيه الافتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره فكل أحد أن ينكر عليه فظهر منه أن عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على أمر منكر على أصله ما هو الافتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره وان لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلا حتى يصح الحاق ذلك به وأما ثانيا فلان قوله (وله اذا المانع منعني ليس بتمام أبضا على أصله ما قطعنا اذ لو صح عندهما كون المانع منعنا لما ذهبا الى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبهم بذلك ودليلهم ما الذي أقاما عليه فتبصر (قوله وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب) قال الشراح يعني الكفيف والميزاب والجرصن أقول لعل قول المصنف هـ ذام مستدرك لان ما حرر أنفا من لفظ مختصر القدورى وهو قوله (واذا أشرع في الطريق روضنا أو ميزابا أو نحو فسقط على انسان فعطب فالدابة على عاقبته كان متناولا للجميع ما ذكر في أول الباب أما الميزاب فصراحة كاترى وأما الغير ذلك فبعموم قوله (أو نحو فلاحاجة الى ما ذكره المصنف هنا بل لأوجه للفظ وكذلك سيما بالنظر الى الميزاب تأمل (قوله وكذا اذا عثر بنقضه انسان أو عطب به دابة) أقول فيه نوع تساهل لان جواب المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفما اذا عطب به دابة يجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي وغيره وكلمة كذا تقتضى الاشتراك في الجواب وهو غير متحقق في قوله (أو عطب به دابة اللهم إلا أن يكون المراد بكلمة كذا انها هو التشبيه والتشريك في مجر وجوب الضمان لافي وجوبه على الوجه الخالص المذكور فيما سبق فيعم قوله اذا عثر بنقضه

صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم أصاب انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان جانيا بترك النقض بعد التقدم اليه والجواب أن صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورته خارج الجناح بشغل هواطريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع وقوله (ولو حرقه) أى الجمر قيل فيه تلويح الى أن الرمح ان هبت بشرها فأحرق شيئا وجب الضمان لان التعدى كان بوضع الجمر وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض أصحابنا وقوله (وقيل اذا كان اليوم ربحا يضمنه) هو اختيار شمس الأئمة السرخسى والاول اعنى الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الأئمة الحلواني وقوله (وقد أفضى اليها) أى الى عاقبته وهو الحرق بواسطة الرمح

(قوله يعني يعلم يقين انه قتل الجراحة) أقول الظاهر أن يقول قتل الميزاب

قوله (ولو استأجر رب الدار الفعلة) الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج لا ففعله أخر جوا اجناحا على فناء دارى فان لم يحن ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فاسقط وأصاب شيئا قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الأمر قياسا واستحسانا لانه وجب بامرهم ان يرجعوا به عليه كالأستأجر ليدفع شأله ثم استحققت بعد الذبح فلا مستحق أن يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الأمر وان قال أشرعوا اجناحا على فناء دارى وأخبرهم أن لا حق له في ذلك أو لم يخبرهم ففعلوا فاسقط وأتلف شيئا قبل الفراغ من العمل فعليه الضمان ولم يرجعوا به على الأمر (٣٣٣) قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس

(ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع قتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لان التلف بفعلهم (وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار) وهذا لانه انقلب فعلهم قتيلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فانقصر عليهم (وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا)

انسان وقوله أو عطيت به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل (قوله ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع قتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ) قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للأجراء اجناحا على فناء دارى فانه ما يلى أولى حتى اشترع الجناح اليه من القديم ولم يعلم الفعلة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فأصاب شيئا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الأمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لما أن الضمان وجب على العامل بأمر الأمر فكان له أن يرجع به عليه كالأستأجر غير ليدفع له شاة ثم استحققت الشاة بعد الذبح فلا مستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الأمر لانه غير كذا هذا وان قال المستأجر للأجراء أشرعوا لي اجناحا على فناء دارى وأخبرهم أنه ليس له حق اشترع الجناح أو لم يخبرهم حتى بنوا اجناحا بأمره ثم سقط فأتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء ولم يرجعوا قياسا واستحسانا وان سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لانه أمرهم بما يملك مباشرة بنفسه وقد فعلوا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كالأستأجر ليدفع شاة جازله فذبح ثم ضمن الذابح الجار لم يرجع به على الأمر وكذا لو استأجرهم لينوا بيتنا في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيئا لم يرجعوا به على الأمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لان هذا الأمر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجهه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملا بهما واطهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهارها قبل الفراغ لان اظهارها قبل الفراغ لان أمر الأمر انما يصح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكر جمهور الشراح هنا أقول هذه الوجوه في هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان وان كان مما قاله شيخ الاسلام وارتضاء جمهور الشراح لكنه مشكل عندى من وجوه الاول انهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكرها لانه أمرهم بما يملك مباشرة بنفسه وقد فعلوا بفساد الامر وهو انما يتم فيما اذا أخبرهم بأن ليس له حق في ذلك لافيما اذا لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد الامر في هذه الصورة وقد سدوا وما في وضع المسئلة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا وأخبرهم أنه ليس له حق اشترع الجناح من القديم

لانه أمرهم بما لا يملك مباشرة بنفسه وقد فعلوا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليدفع شاة جازله فذبح ثم ضمن الذابح الجار لم يرجع به على الأمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لان هذا الأمر صحيح من حيث انه فناء مملوك له من وجهه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملا بهما واطهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهارها قبل الفراغ لان أمر الأمر انما يصح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل

(قوله وهو على وجوه ان قال المخرج الى آخر قوله وانما

تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل) أقول لا يقال فرقا بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما في الكتاب لانه محله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم العلة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تنصير المباشرة بعده فيكون بالتسبب لانا نقول اشترع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبهه بذبح الشاة وسيجي من الشارح أيضا بعد (قال المصنف حتى وجب عليهم الكفارة) أقول قال الزيلعي بخلاف ما تقدم من المسائل من اخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبب وهما مباشرة انتهى فتأمل في الفرق بين هذه المسئلة وما تقدم

لانه صبح الاستحجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلا فانتقل فعلهم اليه فكانت فعله
 بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا اذا صب الماء في الطريق فغطب به انسان أو دابة وكذا اذا رشح الماء
 أو تروى) لانه متعد فيه بالحق الضرر بالمارة (بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من
 أهلها أو قعدا ووضع متاعه) لان لكل واحد أن يفعل ذلك فيه الكونه من ضرورات السكنى كما في الدار
 المشتركة قالوا هذا اذا رشح ماء كثيرا بحيث يتراق به عادة أما اذا رشح ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر أنه
 لا يتراق به عادة لا يضمن

أولم يخبرهم - والثاني أنهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث
 أن فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ
 من العمل مع أن مدخلية هذه الحيثية في فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يأمرهم ببيعته ولم
 يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل
 الفراغ من العمل بل أمرهم بالانتفاع بذلك بأشراع الجناح اليه وقولوا ذلك ولا شك أنه مملوك له من
 حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل
 الفراغ من العمل بناء على فساد الأمر - والثالث أنهم قالوا في الوجه الأول الضمان على الاجراء ويرجعون
 به على الأمر قياسا واستحسانا سوا سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي
 الاستحسان يكون الضمان على الأمر والظاهر منه أن يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب
 الاستحسان على الأمر ابتداء مع أن الفقه يقتضي أولوية كون الضمان في الوجه الأول أيضا إذا
 كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الأمر ابتداء لان الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الأمر أنه
 ملكي أولى حق ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهم في سائر الأمور
 كما ترى ثم أقول تقرير المصنف هذه المسئلة وتعليلها لوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل
 المنقول عن شيخ الاسلام بل بأباه جدا قال المصنف جعل المسئلة على وجهين أحدهما السقوط قبل
 فراغهم من العمل والاخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم أحدهما مخالفا لحكم الآخر مطلقا
 وقال في تعليل الاول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير
 داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم الى رب الدار فاقصر عليهم ولا يحنى أن هذا التعليل يقتضي أن يكون
 الضمان عليهم وأن لا يرجعوا به على الأمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا أي في الوجه
 الاول أيضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الاسلام وهو ما اذا أخبرهم الأمر بأن له حقا
 في ذلك لأن فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقده الأمر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان
 اخباره لهم بأن له حقا في ذلك وعدم اخباره لهم بذلك سينقطعوا يقتضي أن لا يتم في صورة السقوط
 قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكره لرجوعهم بالضمان على الأمر قياسا واستحسانا في الوجه
 الاول من الوجوه التي ذكرها سوا سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لان الضمان وجب
 على العامل بأمر الأمر فكان له أن يرجع به عليهم فان فعلهم لما انقلب قتلا في صورة السقوط قبل
 فراغهم من العمل صار مخالفا للأمر الأمر خارج عن عقده فلم يكن بأمر الأمر فاما كان وجوب الضمان
 عليهم بأمره بل كان بفعل أنفسهم وبقتضي أيضا أن لا يتم تنظيرهم الوجه الاول بما لو استأجر غيره
 ليندب شاة ثم استحققت بعد الذبح فالمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الأمر في صورة
 السقوط قبل الفراغ من العمل فان فعل الذابح هناك لم يتقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو
 الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الأمر بحكم التغير بخلاف ما نحن فيه في
 صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت نقاشا من بعض الفضلاء قال ههنا لا يقال فرق بين

وقوله (لانه صبح الاستحجار)
 يعني بالنظر الى أنه أن
 ينتفع بفناء داره فبالنظر الى
 هذا كان أمره معتبرا ووقع
 فعلهم عمارة واصلا
 فانتقل فعلهم اليه فكانت
 فعله بنفسه ولو فعله بنفذه
 بقيد بشرط السلامة
 لكونه غير مملوك له فكذا
 اذا أمر به وقوله (بخلاف
 ما اذا فعل ذلك) يعني الصب
 والرش والوضوء وقوله
 (كما في الدار المشتركة) يعني
 أنه أن يفعل فيها ما هو من
 ضرورات السكنى وهو
 اعتبار لحق الملك بحقيقته

وقوله (لانه صاحب علة) والعلة اذا صلت لاضافة الحكم اليها بطر غيرها وقوله (في فناء حاقوته) قيل الفناء سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما أعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الخطب وقوله (فتعقل) أى تشبث وتعلق بالبناء وقوله (يجب الضمان على الأمر) لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الأمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه المستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفره بئرا في الفناء فخفروا مات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين) كلامه واضح

(ولو تعمدا المرو في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رشح بعض الطريق لانه يجده موضع الضرر لا أثر للقاء فيه فاذا تعمدا المرو على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رشح جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرو وكذلك الحكم في الخسبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه (ولو رشح فناء حاقوت باذن صاحبه فضمن ما عطف على الأمر استحسانا واذا استأجر أجيرا لبنى له في فناء حاقوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الأمر استحسانا ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الامر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين أو وضع حجرا قلن بذلك انسان فدينه على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمنها في ماله) لانه متعدد فيضمن ما يتولد منه غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق عتلة القاء الحجر والخسبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطف بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعمد فانه ما أحدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع

ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما ذكر في الكتاب محله المباشرة ولهذا يجب الكفارة فلا فرق بين علم العلة وعدم علمهم بفساد الامر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تنصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب لانا نقول اشترع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبهه بذبح الشاة وسيجي من الشارح أيضا يعنى صاحب العناية أقول جوابه ليس بسديد اذ لم يقل أحد بان اشترع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة بعده فلا يخلو من أن يكون مباشرة من الفعلة أو من الأمر فلو كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شيء منهم ما بل وجب الضمان على الأمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الأمر لوجب عليه الكفارة لامحالة ولم يقل به أحد والتشبيه بذبح الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لافي صورة السقوط بعده والذي سيجي من الشارح أيضا لا بد وأن يحتمل على كون اشترع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لافي الصورة الثانية وأما كون اشترع الجناح مباشرة مطلقا لفعله ل ما وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فيعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كاللا يخفى (قوله ولو تعمدا المرو في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) أقول في نحر المصنف هنا شيء وهو أن الظاهر من قوله فيما مر أنفا وكذا اذا رشح الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء أن مسئلة رشح الماء تغاير مسئلة صب الماء وقد ذكرنا الصب في أصل المسئلة حيث قال ولو تعمدا المرو في موضع صب الماء وذكر الرشح في جوابها حيث قال لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة وضع المسئلة ويمكن أن يعتذر عنه بأنه انما فعل هكذا ايعاء الى اتحاد مسئلة الصب والرش في هذا الحكم مع الاعتماد الى العلم بتغايرهما مع ما عدا ذكره من قبل (قوله واذا استأجر أجيرا لبنى له في فناء حاقوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الأمر استحسانا) قال في العناية لم يتعرض المصنف بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الأمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه المستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفره بئرا في الفناء فخفروا مات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين) كلامه واضح

والبالوعة تقب في وسط البيت وكذلك البالوعة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبدا بارأى
افتعال من الفوت وهو السبق وقوله (وكذا الجواب على هذا) (٣٣٥) (التفصيل) يعني انه لو فعله بامر من له

الولاية في الامر لم يضمنه ولو
فعل بنفسه من غير أمر
أحد ضمنه وقوله (مما
ذكرناه) يعني من أول
الباب الى هنا من اخراج
الكثيف والميزاب والحرص
وبناء الدكان واشراع
الروشن وحفر البئر وقوله
(وغیره) يعني ما لم يذكره
في الكتاب كبناء الظلة
وغرس الشجر وري النج
والجلوس للبيع وقوله
(وكذلك ان حفره في ملكه
لا يضمن) يعني كما اذا أمره
الامام حفر في طريق
المسلمين لم يضمن ما تلعب به
كذلك اذا حفره في ملكه
وان لم يأذن له الامام وقوله
(وكذلك اذا حفره في فناء
داره) يعني وان لم يكن
القضاء ملكه وقيل جازله
ذلك اذا كان الفناء مملوكا
له أو كان له حق الحفر بأن
لا يضرب لأحد أو أذن له
الامام أما اذا لم يكن كذلك
فانه يضمن

الكناسة في الطريق وتعقل بها انسان كان ضامنا لتعدي به بشغله (ولو وضع حجرا فتحاه غيره عن موضعه
فعطب به انسان فالضمان على الذي فتحاه) لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ماشغله وانما اشتغل بالفعل
الثاني موضع آخر (وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان أمره السلطان بذلك
أو أجبره عليه لم يضمن) لانه غير متعدي حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة (وان
كان بغير أمره فهو متعدي) اما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأي الامام أو هو مباح مقصد
بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره
لان المعنى لا يختلف (وكذا ان حفره في ملكه لا يضمن) لانه غير متعدي (وكذا اذا حفره في فناء
داره) لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه

فراغ الاجبر ولم يتعرض له الشارع أيضا فتبصر (قوله وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل
في الطريق فان أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) قال بعض الفضلاء الامر من السلطان
اكرهه فقله أو أجبره كالعطف التفسيري اه أقول ليس هذا بسد لان كون مجرد الأمر من السلطان
اكرهه ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال ان مجرد أمر
الامام ليس باكرهه بخلاف ان يكون قوله في الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره السلطان
بذلك مبني على ذلك ولئن سلم أن كونه اكرهه اقول مختار فالظاهر أن الامر هنا كناية عن الاذن
لاستلزام الامر الاذن وعطف أجبره عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه
المسئلة وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله باذن الامام وقال في العناية وذكر رواية الجامع
الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك أن مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان
عن الفاعل صرح به في عامة المعبرات فيكون قوله أو أجبره عليه مسئلة أخرى لا محالة وأما كون
قوله أو أجبره عليه عطفًا تفسيريًا فاما لا وجه له لان العطف التفسيري لم يسمع في كلمة أو ومعناها أيضا
لا يساعد ذلك وانما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها ياء ولكن بقي ناشئ في قول محمد أو أجبره
عليه بعد قوله فان أمره السلطان بذلك وهو أنه اذا لم يضمن الضمان الفاعل فيما اذا أمره السلطان
بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعًا فيما اذا أجبره عليه فافائدة ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره
السلطان بذلك نعم لو قال فان أجبره السلطان على ذلك أو أمره به لمكان له حسن لكون الثاني من
قبيل الاستغراق تأمل تفهم (قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة
مما ذكرناه وغيره) قال عامة الشراح أراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من أول الباب الى هنا من اخراج
الكثيف أو الميزاب أو الحرص الى الطريق وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البئر وزاد
صاحب الغاية ووضع الحجر وقالوا أراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر
وروي النج والجلوس للبيع أقول ومما ذكره من أول الباب الى هنا صلب الماء في الطريق وكذا ريش الماء
أو التوضي فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر أحد من الشراح شيئاً من ذلك مع التزامهم البيان
والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما ذكره وما بعده وان زعموا أن الجواب فيما ذكره
خلاف الجواب فيما ذكره كان عليهم البيان والنقل ثم انهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر في
الكتاب مع انه قد ذكر في الكتاب حيث قال ولو استأجر رب الدار الفعلة لخراج الجناح أو الظلة فوقع
وقتل انسان الخ ويمكن أن يعتذر عن الثاني بأن الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة وقد جعل
الشراح مسئلة استخراج الفعلة لخراج الجناح أو الظلة المذكورة في الكتاب فيما أمر على ما فعل في فناء
الدار لا في طريق العامة فلم يجعلوها ما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في

(قوله والبالوعة تقب في
وسط البيت وكذلك البالوعة)
أقول وهذا المعنى لا يلزم
المقام (قال المصنف فان
أمره السلطان بذلك أو
أجبره عليه لا يضمن)
أقول الأمر من السلطان
اكرهه فقله أو أجبره
كالعطف التفسيري وإذا

أذن ولم يأمر ينبغي أن لا يكون متعديا اذ لا افتيات

وقوله (هذا) يعني هذا الجواب وهو أن يضمن إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا إذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً) أي اختفاً بالعفونة قال في الصحاح يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة أنه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فإن الفقه معه ألا ترى أنه لو جسد رجلاً في بئر حتى مات غماً فإنه لا ضمان عليه بخلاف (٣٣٦) ما لو مات فيه من الوقوع لأن أثر فعله وهو العنى أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر

الوقوع لوجوب الضمان وقوله (وان استأجر أجراً خفروها له في غير فئانه) يعني بان كان الفناء للغير أو طريقاً للعامه لكنه غير مشهور فلما أن يعلموا أنها في غير فئانه أولاً فان كان الثاني فان ضمان على المستأجر ولا شيء على الاجراء لان الاجارة صحت ظاهراً اذ لم يعلموا ذلك وبذلك يكفي لنقل الفعل الى الأمر لانه لو توقف على صحة الأمر حتمية تضرر الاجراء قامت عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجه الى ذلك فنفى فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستأجر وقوله (لانهم كانوا مغرورين) دليل قوله ولا شيء على الاجراء وصار هذا الامر في صفة ظاهراً او كون المأمور مغروراً كالأمر ببيع شاة ظهر فيها استحقاق الغير الا ان هناك ضمن المأمور ويرجع على الأمر لكونه مباشراً او كون الأمر مريباً والترجيح للبشارة فيضمن ويرجع للفرور وهما يجب على المستأجر ابتداءً لان كل واحد منهما مسبب والاجير

وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً بان كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه لانه مسبب متعدد وهذا صحيح (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً لا ضمان على الحافر) عند أبي حنيفة رحمه الله لانه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات جوعاً فكذلك وان مات غماً فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع أما الجوع فلا يختص بالبئر وقال محمد وهو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لو لا لكان الطعام قريباً منه قال (وان استأجر أجراً خفروها له في غير فئانه فذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا أنها في غير فئانه) لان الاجارة صحت ظاهراً اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا أمر آخر ببيع هذه الشاة فذهب بها ثم ظهر أن الشاة لغيره الآن هناك يضمن المأمور ويرجع على الأمر لان الذي مباشر والأمر مسبب والترجيح للبشارة فيضمن المأمور ويرجع للمغرور وهما يجب الضمان على المستأجر ابتداءً لان كل واحد منهما مسبب والاجير

الكتاب بناءً في طريق العامة أو انهم جعلوا المراد بما فعل في طريق العامة في قوله في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الانسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعد وما استأجر ب الدار الفعلة لاخراج الظلة مما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءً بنفسه لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور وهو أنه لو فعله بأمر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير أمره ضمن متمسكاً بما فعل في فناء الدار أيضاً وفيما فعل باستئجار الغير لفعله أيضاً فلا فائدة في التخصيص بل لا وجه له تنكير (قوله وكذا إذا حفره في فناء داره) يعني وان لم يكن انتفاء ملكه كذا في العناية وغيرها أقول يرد عليه أنه ينافي ما ذكر في من المسئلة المقررة المجمع عليها وهو قوله وإذا استأجر أجيراً ليبنى له في فناء حائونه فتعقل به انسان بعد فراغه فبات يجب الضمان على الأمر استحضاراً فاقام (قوله وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكاً أو كان له حق الحفر فيه) قال جهور الشراح في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضر بأحد وأذن له الامام في ذلك أقول في كل من وجهي تفسيرهم خلل أما في الأول فلأن قول المصنف أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً أو مشتركاً بالخيار أباة جداً فان عدم الضرر لا حد قد يهتق في صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتركاً أيضاً وقد جعل الحكم فيها خلاف ما إذا كان له حق الحفر فيه وأما في الثاني فلا لأنه اذا أذن له الامام يجوز له التصرف في طريق العامة أيضاً فلا يضمن ما عطف فيه كما مر آنفاً ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن وكذلك اذا حفره في فناء داره وان الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون اذن الامام أيضاً وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما اذا أذن له حفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك ان حفره في ملكه بلا اذن الامام لم يضمن فلامعنى محل ما قيل في مسئلة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان بدون اذن الامام أيضاً على التقييد باذن الامام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له أن يحفر في فناء داره اذا كان الفناء مملوكاً له أو كان بحيث

غير (قوله ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول أي من تقديم دليل قوله رحمه الله (قال المصنف وقال أبو يوسف ان مات جوعاً فكذلك) أقول ما ذكر في الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ومحمد رحمه الله وأما في ظاهر الرواية فلا يجب الضمان قاله العلامة الاتقاني نقلاً عن الاسيحي بالاولى وعن أبي يوسف وعن محمد رحمه الله

غير متعد والمستأجر متعد فبر جميع جانبه وان كان الأول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك له فلا يتقبل فعلهم اليه وليسوا بغير رور بن فينتن الضمان عنهم فبقى الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون الأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطوب بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر بأشراع الجناح فان الاجراء هناك اذ لم يعلموا (٣٣٧) ضمنوا ور جعوا على الامر وههنا لم يضمنوا

أصلا والجواب ما أشار اليه المصنف في ذبح شاة غيره بأن الدايح مباشر والامر مسب وقد تقدم أن اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاؤها (وان قال لهم هذا فتاني) ظاهر وقوله (فكان الامر بالخصر في ملكه ظاهرا بالنظر الى

غير متعد والمستأجر متعد فبر جميع جانبه (وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم (وان قال لهم هذا فتاني وليس لي فيه حق الحفر خفسر او مات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا) لانهم علموا بفساد الامر فاغروهم (وفي الاستحسان الضمان على المستأجر) لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا لا نطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكيف ذلك لنقل الفعل اليه قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعبد رجل المرور عليها فغضب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة في الطريق فتعبد رجل المرور عليها)

ما ذكرنا) يعني قوله لا نطلاق يده في التصرف الخ فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أحجب بان قوله ليس لي فيه - حق الحفر لا يشمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام) كلامه واضح

لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي أما اذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى أقول قد زاد ذلك الشراح نعمة في الظن ويرى من جهة الفساد حيث شرح قوله أو كان له حق الحفر فيه بان حاله أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراح في أن يرد عليه ما يرد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كإيناء من قبل وقال في تعليل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي ويرد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم أقول الصواب عندي أن معنى قوله أو كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقفا عليه بالانتفاع فيه أو كان مما استأجره للانتفاع فيه أو شؤ ذلك فحينئذ ينظم السابق والحق بلا غبار كما ترى أقوله وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم قال صاحب العناية في عبارة المصنف تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا انتهى أقول ليس هذا بسد لان مدارج التسامح في عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل ولا شك أنه داخل فيه فقوله لم يصح امره بما ليس بمملوك له أشار الى انتفاء صحة امره حقيقة وقوله ولا غرور إشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح امره حقيقة لان انتفاء الملك في المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر أن ما ذكره المصنف تعليل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول بأن ذلك هو المناسب (قوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا) يعني قوله لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا لا نطلاق يده في التصرف فيه الخ قال في العناية أخذ من معراج الدراية فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أحجب بان قوله ليس لي فيه - حق الحفر لا يشمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى أقول في الجواب بحث لان كلمة ليس انفي مضمون الجملة حالا عند جمهور

(٤٣ - تكمله ثامن) عليه قوله سابقا لوقوف على صحة الامر حقيقة وان أراد صحته ظاهرا فاسلم ولا يفيد كما لا يخفى

(قوله بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله الخ) أقول فيه بحث (قوله فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة) أقول فبايقول بقول المصنف لانهم علموا بفساد الامر فانه اذا كان مشترك الدلالة لم يعلموا به اذ العلم لا يجتمع الاحتمال

قوله (لان الاول) يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة (تعد) أما وضع الخشبة فكونه تعد باظهار وأما بناء القنطرة فلان الباني قوت حقا على غيره فان التدبير في وضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين المسكن والضيق والسعة للامام فكان جنابة بهذا الاعتبار والجنابة تعد لا محالة قوله (وهذا اللفظ) يعني قوله فعطب به فهو ضامن (يشمل الوجهين) وهما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق (٣٣٨) وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان

لان الاول تعد هو تسبيب والثاني تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر أولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقى قال (ومن جعل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به انسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق أن حامل الشيء فاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد - فقط ما لبسه فمخرج التقييد عاذا كرنا جعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس مالا لبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال (واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه فتدبلا أو جعل فيه باري أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا هذا عند أبي حنيفة

الحاجة على ما تقر في موضعه فحينئذ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غيرني حق الحفر عنه حالا وأما عند بعض النحاة فكامة ليس وان كانت للنفي مطلقا لأن معناه أن مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الازمنة فهو على ما قبله وأما اذا لم يقيد بزمان فيعمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه في تجوز زيد قائم كذا حقه الاندلسي واستحسنه الرضوي وفيما وقع في مسألة الكتاب لم يقيد بزمان فيعمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه قطعاً فلم يكن مشتركاً للدلالة كيف ولو كان كذلك لم يصح قول المصنف في تعليل كون الضمان على الاجزاء قياساً لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم اذ العلم بفساد الامر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك وأما ما وقع في لفظ البسوط فالظاهر أن المراد به ليس لي ذلك من القديم لكنه لي في الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم أقول الحق عندني في الجواب أن يقال يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام لي في الاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة المسلمين أو مشتركا بأن كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده في التصرف فيه اذ يجوز لكل أحد التصرف في حق العامة بشرط السلامة ولا ينافي أيضا قول المصنف في تعليل وجه القياس لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم لان فساد الامر مقرر على كل من الاحتمالين أما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر أصلاً أي لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر وأما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر في حق العامة أو في الحق المشترك بدون اذن الشر يك فاسد لانه تعد ولهذا الفعل بنفسه فتلف به انسان أو بهيمة يجب عليه الضمان (قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين) قال جمهور الشراح أشار المصنف بقوله وهذا اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن وأراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق أقول ما ذهبوا اليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ إشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا اذا سقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستنداً كالحصاة وثانيه ما أنه لو كان مراد المصنف بذلك كقوله

وذلك لا يشمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به انسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين بين وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن - وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان مسوت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المصنف رحمه الله نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله (فيخرج بالتقييد بما ذكرنا) يعني بوصف السلامة وقوله (مالا) يلبسه عادة) يعني مثل اللبس والجواني ودروع الحرب في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد بن جهم الله لعدم عموم البسوى به وقوله (العشيرة) يعني أهل المسجد وقوله (ضمن)

وقالا

يعني اذا فعل ذلك بغير اذن أحد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من أهل المسجد

(قوله وهو بالنسبة الى الرداء فاسد) أقول ولأن تقول قوله فسقط فعطب به انسان يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فراء الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازاً لا خصوصه ألا يرى الى دليله والمنقول عن محمد فيشمل مثل الذرع ولا يبعد موت الانسان مثل الصغار بسقوطه عليه ولا يبعد جعل قول الشارح ولعل المصنف نظر الى المعطوف الخ على هذا فتأمل

عن قولهم إلا أن هذه من
القرب وقوله (كما إذا انفرد
بالشهادة على الزنا) فإنه
قصد القرربة لكن أخطأ
الطريق فان شرطها أن
يكون الشهود أربعة ممن
تسمع شهادته فإذا انقضت
انقلب قذا واستوجب
الحد قال (وان جلس فيه
رجل منهم فعطب به رجل
الخ) وان جلس في المسجد
رجل من العشيرة فعطب
به رجل فاما أن كان في
الصلاة أو لم يكن فيها فان
كان في الصلاة فلا ضمان
عليه سواء كانت الصلاة
فرضا أو نفلا لان النفل
الشروع يصير فرضا وان
يكن فيها بل كان قاعدا
يرهاض من عند أبي حنيفة
رحمه الله وقال لا يضمن
للملك كل حال

وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهي قوله وان كان رداه قبله فسقط فخطب به
انسان لم يضمن اذ لا وجه لتأخير بيان ما في المسئلة الاولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا امر داع اليه وقال
صاحب العناية بعد ان شرح المقام على ما ذهب اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله نخطب به معطوف
على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعرّبه ثم قال ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر
عن المعطوف عليه انتهى اقول ان قوله ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف
عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف يتصور صحة
المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وانا نتج من هؤلاء الشراح كيف جلاوا اذ المصنف ذلك
المتقن النحر على ما يابا من له ادنى دربة بأساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا
اللفظ اشارة الى قوله فخطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندي ايضا فانه مصون عن المحذورات
المذكورة كلها ورده صاحب العناية بعد ان نقله حيث قال وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ
اشارة الى قوله فخطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان يسقط الرداء
عليه غير متصور انتهى اقول رده مردود اذ لا يخفى انه يتصور ان يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم
الكبير ايضا في حالة النوم بل في حالة اليقظة ايضا فيحقق بذلك فموت نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر
لكن امكان وقوعه كاف في نعيم المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب
العناية بوجه آخر فقال وان تقول قوله فسقط فخطب به انسان يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين
بمخلاف قوله فسقط على انسان فخطب فراده الفرق بين اللظنين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو
سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه الا يرى الى دليله الى هنا لفظه اقول كل من مقدمات
كلامه كاسد اما قوله يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بمخلاف قوله فسقط على انسان فراده الفرق
بين اللظنين نفسهما مع قطع النظر عن الغير فلان الفرق بين اللظنين نفسهما بدون أن يكون له تأخير
فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة القوم من الكلام ههنا ومثله لا يليق
عن له ادنى تمييز فضلا عن المصنف الذي هو علم في التحقيق واما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس
مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه واما قوله الا يرى الى دليله
فلان عموم الدليل لا يقتضي عموم المسئلة الا يرى أن كلمة الكبرى شرط في انتاج الشكل الاول مع كون
لنتيجة خاصة (قوله وقال لا يضمن في الوجهين جمعا) أى فيما اذا فعل ذلك أحد من العشرة وفيما اذا فعله

(قال المصنف وقال
لا يضمن في الوجهين
جميعا) أقول قال الكاكي
وهذا الذا لامام وأل العشرة
أو عدم اذنهم - ما وبه قال
الشافعي في وجهه ومالك
وأحمد قال الحلواني وأكثر
مشايخنا أخذوا ببقولهما
في هذه المسئلة وعليه

الفتوى كذا في الذخيرة انتهى كلام السكاكي وقوله وهما اذن الامام المحل كلام (قوله بل كان قاعد الغرها) اقول قوله بل كان قاعد الغرها لا يطابق المشروح فان القعودا محل الاختلاف ايضا على تقرير المصنف فالاولى القصير على قوله اولم يكن فيها

(ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم الفقه أو الحديث (أو الصلاة) يعني منتظرها) أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث قال المصنف رحمه الله (فهو على هذا الاختلاف) وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس (٣٤٠) كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام

أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف

ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق

(قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف الخ) أقول نظم الكلام في سبط واحد وفيه تفصيل فانه ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة الجالس لا ينتظر الصلاة لا يضمن وإنما اختلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامص سمعت أبا بكر يقول ان جلس لقراءة القرآن أو معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر غير الاسلام والصدور الشهيد أنه ان جلس للحديث يضمن بالاجماع وذكر في الذخيرة

أحدهم غير العشرة قال صاحب معراج الدراية قوله وقال لا يضمن في الوجهين وهذا اذن الامام أو العشرة أو عدم انهما وتبعه الشارح العيني أقول تفسير الوجهين هنا مجاز كره ذلك الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أي تعليم الفقه أو الحديث أو للصلاة يعني منتظرها أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق انتهى أقول في تقريره خلل فان الاختلاف بين أصحابنا واختيار أبي بكر الرازي قول بعضهم وأبي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قعد بذكر الله أو يسبحه أو يقرأ القرآن فعثر به انسان غات وأما فيما اذا قعد لحديث أو نام فيه أو قام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً فعثر به انسان غات ففيه اختلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه بلا خلاف لاحد من أصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية أيضاً نقلاً عن الذخيرة ولا ريب أن ما ذكره المصنف هنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الإطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا إلى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك انتهى أقول في كل واحد من سؤاله وجوابه سقامة أما في الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان في غير الصلاة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وان كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة والمرور فيه ماراً وأما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفاً فكيف يكون هذا بياناً لذلك ثم قال وقوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق

وله

أنه اذا قعد فيه لحديث أو نام أو قام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً

ضمن عنده وقال لا يضمن وان قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو لذكر الله المتأخرون فيه على قوله فقال بعضهم يضمن والبعض ذهب أبو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن والبعض ذهب أبو عبد الله الجرجاني كذا في النهاية وغيره يعلم منه ما في كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه اتفاق (قوله يشمل هذا المذكور كله) أقول فيه أنه لا يشمل المرور بل النوم فيها فان المستتر في كل ضمير الجلوس أو الرجل الجالس الآن يقال لا كترحمكم الكل

وقوله (له) ما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر قال الله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسجد فيها بالغدوة والاصال وقوله دعالي وأنتم عا كفون في المساجد وقوله (وله أن المسجد انما بنى للصلاة) لان المسجد موضع السجود لا يرى أن المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ازعاج القاعد فيه المستغل بالذكر والقراءة والتدريس لانه يطلب موضوعه الاصل في دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلاة فيه ولا دلالة لما ذكرنا من الايتين على ما سوى الاذن والعكوف به وليس الكلام فيه وكونه من ضرورات الصلاة (٣٤١) مسلم لكن لابد من التفرقة بين

الموضوع الاصل وما لحق به والباقي واضح

(فصل في الحائض المائل)

لما كان الحائض المائل

يناسب الجرح والروشن

والجناح والكنيف وغيرها

الحق مسائله بها في فصل

على حدة قال (واذا مال

حائض الى طريق المساهين

الح) أخذ الشافعي رحمه

الله في هذه المسئلة بوجه

القياس ولم يوجب الضمان

وعلماء افرجه — م الله

استحسنوا ايجاب الضمان

وهو مروى عن علي رضي

الله عنه وشريح والخفي

والشعبي وغيرهم من

التابعين رحمه الله

والوجه من الجانبين مذكور

في الكتاب

(قال المصنف لهما ان

المسجد انما بنى للصلاة

والذكر ولا يمكنه أداء

الصلاة بالجماعة الا

بانتظارها فكان الجلوس

فيه مباحا لانه من ضرورات

الصلاة) أقول لا يخفى

عليك أخصية الدليل من

لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة أولان المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلاة وله أن المسجد انما بنى للصلاة وهذه الاشياء ملحقه بها فلا بد من اظهار التفاوت فيما بين الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرعي الى الكافر أو الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره (وان جلس رجل من غير العشرة فيه للصلاة فنعقل به انسان ينبغي أن لا يضمن) لان المسجد بنى للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة ان كان مفوضا الى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده

(فصل في الحائض المائل) قال (واذا مال الحائض الى طريق المسلمين فطوب صاحبها بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفق أو مال)

المشايع على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت أقول لانسلم أنه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك لجواز أن يكون مختارا المصنف أيضا ما اختاره أبو بكر الرازي فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر ومثل هذا ليس بعز زني كلمات المشايخ ثم قال وكان من حق الكلام أن يقول نقد قبل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى أقول لعدل سر أن المصنف لم يقل هكذا هو أن ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضا ولم يقل أحدا بأنه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختلاف كلامه كاختلاف كلام ذلك الشارح في شرحه كما مر حيث يلزم أن يدرج في اختلاف المشايخ محل الوفاق أيضا فقال وهو على هذا الاختلاف بالبتات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيارا لما اختاره أبو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تأمل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن (قوله لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الح) أقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاهما في بعض المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور فيه والقعود فيه لحديث فان شيئا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب

(فصل في أحكام الحائض المائل) لماذا ذكر أحكام القتل الذي يتعلق بالانسان مباشرة أو تسببا شرعا في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائض المائل وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع

المدعى الآن يلحق سائر المباحات مثل المرور والقعود للحديث لأن المناط هو الاباحة ألا يرى الى قوله فكان الجلوس مباحا وفيه تأمل فانهم ما حينئذ يحتاجان الى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة وأما المذكور في الكتاب فهو اباحة معلة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج الى الفرق لأن المناط ليس مطلقا بالاباحة بل الاباحة المقيدة بالمعلة بما ذكر (قوله لأن المسجد موضع السجود) أقول هذا دليل لغوي (قوله ألا يرى) أقول هذا دليل شرعي (قوله وما عرف الناس الح) أقول هذا دليل عرفي

وقوله (وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام) (٣٤٣) كالراحي الى الكفار وان تترسوا بالمسلمين وقطع العضو لا كله عند

خوف هلاك النفس وقوله (وتحملها العاقلة) قال محمد رحمه الله ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم اليه في النقض وعلى أنه مانع من سقوطه عليه وعلى أن الدار له لان كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير وقوله (والشرط التقدم اليه) وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا مخوف أو يقول مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئاً ولو قال ينبغي أن تهدمه فذلك مشورة ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلماً كان أو ذمياً أو صيبياً أو امرأة أن مال الى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب الدار أو سكانها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة أو اعارة فلم ينقض حتى سقط على إنسان فلا ضمان على أحد وقوله (والشرط هو التقدم دون الاشهاد) حتى لو اعترف صاحبه أنه طوب ببنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه

والقياس ان لا يضمن لانه لا يمنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعدي فيه لان أصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كقابل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لماس مال الى الطريق فقد اشتغل هو الطريق بالمسلمين بملكه ورفع في يده فاذا تقدم اليه وطوب ببنقضه يجب عليه فاذا امتنع صار متعدياً بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعدياً بالامتناع عن التسليم اذا طوب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولا نال ولم يوجب عليه الضمان بمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذراً على أنفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من التلف من يجب الدية وتحملها العاقلة لانه في كونه جنباً به دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استئصاله والاحتياط به وما تلف به من الاموال كالادواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا أنني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل أن يهي الحائط لاتعدام التعدي قال (ولو بني الحائط مائلاً في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد) لان البناء تعدد ابتداء كما في اشراج الجناح قال (وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم) لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانباً ويستوى أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي لان الناس كاهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلاً كان أو امرأة حراً كان أو مكاتباً ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبه بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به قال (وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة) لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذلك ازالة ما شغل هواها ولو أجلسه صاحب الدار وأبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما أشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراج الجناح لانه كان جانباً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طوب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفرغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالترهن والمستاجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى أبي اليتيم أو أمه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات

الحيوانات تقديماً للحيوان على الجماد الا أن الحائط المائل لما ناسب الجرصن والروشن والجناح والكتيف وغيرها الحق مسائلها ولهاذا أي بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا في النهاية وغيرها (قوله والاصل أنه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفرغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه) أقول لقائل أن يقول ينتقض هذا الاصل بما سيأتي في الكتاب من انه يصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين أحدهما أنه يجوز أن يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جواب الاستحسان ووجهه

فوفصل في الحائط المائل (قوله مسلماً كان أو ذمياً أو صيبياً) أقول أي ما دوننا أو عبداً كذلك قال والضمن المصنف (ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه) أقول الاظهر ان يقال لانه لم يتقدم اليه

وقوله (لان فعل هو لاء كفعله) أى فعل الوصى والاب والام كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم على الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما هدر القتل بسقوط الحائط اذ بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصى أجيب بأن التقدم اليهم جعل كالتقدم الى الصغير مادامت ولايته ما بقية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم انهم ما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصى اذا ترك النقص بعد التقدم اليه ألحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه أجيب بأن في ترك النقص دفع مضرة متحققة وهى مضرة مؤنة النقص وبناءه ثانيا وفي نقضه دفع مضرة مؤهومة لجواز أن لا يسقط وان سقط لا يهلك به شئ فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصى ضمان وقوله (في عني العبد) يعنى يبيع فيه كما يبيع في ديون تجارته وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكننا استحسننا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحرفانه ينفك الجرع عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجنابة على النفس كالحجور عليه لان فك الجرع بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله (لان الاشهاد على المولى من وجه) اما اذا لم يكن على العبد يدين فظاهر لان الملك في الدار للمولى رقبه وتصرفا والعبد خصم من جهته ألا ترى أنه لو ادعى انسان حقا في دار يريده أذن له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه وأما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر وعند أبي حنيفة رحمه الله للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا (٣٤٤) تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى

العبد من وجه فاعتبر في ضمان الانفس تقدما الى المولى لما ذكرنا أن فك الجرع بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحرفه كما مر وقوله (وبصيح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه) يعنى لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ووجهه ما ذكر في الكتاب وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن أحد منهم شئ أما

والضمان في مال اليتيم لان فعل هو لاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن لان ولاية النقص له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عني العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجهه على المولى وضمان المال ألقى بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده اتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي (ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فقتله بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه) لان التفرغ عنه الى الاولياء لا اليه (وان عطب بالنقص ضمنه) لان التفرغ اليه اذ النقص ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقص ما ذكره هناك وأما جواب القياس فيه فهو أن لا يضمن أحد من الورثة شئ أما الذى تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقص وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم وقد صرح بذلك في المبسوط وذكر في الشروح أيضا فيما سيجيء وثانيهما أنه يجوز أن يكون المراد هنا بمن يتمكن من نقض الحائط من يملك منه وحده أو مع مشاركة غيره ومن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه أصلا أو أحد الورثة في المسئلة الآتية وان لم يتمكن من نقض الحائط وحده الا أنه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا تارة اض (قوله والضمان في مال اليتيم) أقول في هذا الاطلاق نوع قصور لان ما تالف بالحائط المائل ان كان من

الذى تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقص فلم يكن التقدم اليه مفيدا أو ما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفرغ والجواب أن الاشهاد على جماعةهم يتعد عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه أدى الى الضرر وهو مدفوع وقوله (فعطب لا يضمنه) أى لا يضمن صاحب الحائط القليل الثاني (لان التفرغ عنه) أى القليل الاول برفعه مقبوض الى أولياءه لأنهم الذين يتولون دفنه وطواب بالفرق بينهما وبين ما اذا وقع الجناح في الطريق فقتل انسان بنقصه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل ومات فان دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح وأجيب بأن اشراع الجناح في نفسه جنابة وهو فعله فصار كأنه القاء يده عليه فكان حصول القتل في الطريق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن أتى شئ في الطريق كان ضامنا لما عطف به وان لم يملك تفرغ الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكان جعل كالفاعل بترك النقص في الطريق مع القدرة على التفرغ والترك مع القدرة وجد في حق النقص لافي حق القتل فلذلك جعل فاعلا في حق القتل الاول لافي حق القتل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطف بالنقص وقد ذكر في الكتاب واضحاً

(قوله فكان تركه انظر للصبي فلا يلزم الوصى ضمان) أقول فان قيل ينبغي أن لا يقدر الوصى على النقص لان عدمه انظر قلنا المراد هو الا نظر به من وجه (قوله فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه الخ) أقول وهو يتمكن من اصلاح نصيبه بطريقه فيكون التقدم اليه مفيدا كما ذكره المصنف

وقوله (فسقطت) يعني الجرة بسقوط الحائط يشير إلى أنه لو وقعت الجرة وحدها فأصبحت انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما حده في ملكه سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل كذا في الميسوط وقوله (فعليه) أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله (وله) أي لابي حنيفة رضي الله عنه أن الموت حصل بعلقة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الحائط والعمق المقدر يعني في البئر (لان أصل ذلك) أي أصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك (وهو القليل) أي ذلك الأصل يعني أن الجزء (٣٤٤) اليسير ليس بمهلك (حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل وإذا كان كذلك يضاف إلى

العلقة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك) ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فيترك الاشهاد في حق الباقيين لا يزداد الواجب على من أشهد عليه وعلى هذا يخرج مسألة البئر فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان أحدهما موجب للضمان وهو التعدي بالخفر في ملك غيره والاخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الخفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا فيلزمه نصف الضمان ولا يبي حنيفة رضي الله عنه أن صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين وقوله (بخلاف الجراحات) جواب عن قولهما كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله (الا ان عند المراجعة أضيف إلى الكل لعدم

لان المقصود امتناع الشغل (ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه) لان التفريق اليه (وان كان ملك غيره لا يضمنه) لان التفريق إلى مالكها قال (وان كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فخر أحدهم فيها بئر أو الخفر كان بغير رضا الشريكين الاخرين أو بني حائط فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند أبي حنيفة وقال عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وينصب من لم يشهد عليه هدر فكأن قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله أن الموت حصل بعلقة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان أصل ذلك ليس بعلقة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف الآن عند المراجعة أضيف إلى الكل لعدم الاولوية والله اعلم

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

قال (الراكب ضامن

النفوس بحجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لافي ماله وان كان من الاموال كالواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد مر هذا كله في الكتاب فكون الضمان في مال التيم انما يتصور في تلف الاموال لا في تلف النفوس فامعني الحكم هنا بكون الضمان في مال التيم على الاطلاق (قوله لهما ان التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وينصب من لم يشهد عليه هدر فكأن قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل) أقول كان مدعاهما عامال لفصلين أي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقال عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبله ما خاص للفصل الاول فكان قاصرا في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف من قبله ما وفي مسألة البئر تلفت النفس بالخفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين اهـ والجواب من جانب المصنف هنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبله ما وان كان يخص الفصل الاول بعبارة الا أنه يعم الفصل الثاني أيضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطنة فاكفي بذلك ولولم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام تمام المراد لكان ما زاده صاحب الكافي أيضا قاصرا عن افادة تمام المدعى هنا لان الفصل الثاني ليس مسألة حفر البئر وحدها بل هو مسألة حفر البئر وبناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

لما فرغ من بيان أحكام جنابة الانسان شرع في بيان أحكام جنابة البهيمة ولاشك في تقدم الانسان

الاولوية) يضاف اليه وإذا أضيف إلى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحدهما واهدر الاخر والله تعالى أعلم

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

ذكر جنابة البهيمة والجنابة عليها عقيب جنابة الانسان والجنابة عليه في باب على حدة مما لا يحتاج إلى بيان (قوله أي فعلى كل واحد منهم ما من حافر البئر وباني الحائط) أقول والاولى ان يقول وعلى ذلك الأحاد مرجع الضمير هو لفظ أحدهم

وقوله (لما أوطأت الدابة) الصحيح لما ووطئت الدابة وقيل بجوز أن يكون مفعولا لاياطاء محذوفين وتقديره أوطأت الدابة يدها وأرجلها
 انسانا فيكون من باب فلان يعطى وقوله (ما أصابت) يدل من قوله لما أوطأت الدابة والتقدم العض بمقدم الانسان وانحطط الضرب باليد
 والصدم هو أن تضرب الشيء بجسده ومنه اصطدم الفارس ان اذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه ويقال نفعت الدابة الشيء اذا ضربته
 بجذعها واعلم ان جنابة الدابة لا تخلو من أوجه ثلاثة لانها إما أن تكون في ملك صاحبها أو في ملك غيره أو في طريق المسلمين فان كانت
 في ملك صاحبها ملكا كاملا أو مشتركا متساويا أو متفاضلا فإما أن يكون صاحبها معها ولا يكون فان كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة
 كانت الدابة أو سائرة ووطئت يدها أو أرجلها أو نفعت أو كسبت وان كان الأول فإما أن يكون سائقا لها أو قائدا وإما أن يكون راكبا
 عليها أو لا فان كان الأول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها اتلفت نفسا أو مالا لان صاحبها في هذه الوجوه متسبب لا اتصال أثر فعله
 بالتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمتسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدى في ايقاف الدابة أو تسيرها في ملكه وان كان
 الثاني وهو يسير فان ووطئت يدها أو أرجلها ضمن وان كسبت أو نفعت يدها أو أرجلها أو ضربت يدها فلا ضمان لان في الوجوه
 الاول صاحب الدابة مباشر لا تلافى لان ثقله ونقل الدابة اتصلا بالتلف فكانت ما ووطئها جميعا والمباشر ضامن متعديا كان أولم يكن
 وفي الثاني متسبب غير متعدي وان كانت الجنابة في ملك غير صاحبها فإما أن أدخلها (٣٤٥) صاحبها فيه أولا فان كان الثاني فلا

ضمان عليه على كل حال
 لانه ليس بمسبب ولا مباشر
 وان كان الأول فعليه
 الضمان على كل حال سواء
 كان معها سائقا أو قائدا
 أو لا واقفة أو سائرة لان
 صاحبها اما مباشر أو متسبب
 متعديا اذ ليس له ايقاف
 الدابة وتسيرها في ملك
 الغير بغرضه وان كانت في
 طريق المسلمين وقد أوقفها
 صاحبها فعليه ضمان
 ماتلف في الوجوه كلها لانه
 بالايقاف متسبب متعدي

لما أوطأت الدابة ما أصابت يدها أو أرجلها أو رأسها أو كسبت أو خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن
 ما نفعت برجلها أو ذنبها

على البهيمية رتبة فسكذا ذكر كذا في النهاية ومعراج الدراية أقول رد عليه أنه لم يفرغ من بيان
 أحكام جنابة الانسان مطلقا بل بقي منها أحكام جنابة المملوك ولا شك أن المملوك من الانسان أيضا
 مقدم على البهيمية رتبة فكان ينبغي أن يقدم عليها أيضا ذكرها في هذا الباب أن يذكر بعد باب جنابة المملوك
 في اعادة حق المقيم وقال في غاية البيان وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد باب جنابة المملوك
 لفصله النطق في المملوك ولكن لما كانت البهيمية ملحقة بالمجذبات من حيث عدم العقل والنطق ألحق
 هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الجرح من غير قصد ذلك أه أقول رد عليه أيضا أنه لو كان
 هذا الباب ملحقا بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحثية المذكورة لما ذكر مسائل هذا الباب
 في باب مستقل بل كان حقها أن تذكر في فصل كما قالوا في فصل الحائط المائل تدبر (قوله ولا يضمن
 ما نفعت برجلها أو ذنبها) قال الشراح قاطبة يقال نفعت الدابة شيئا اذا ضربته بجذعها أو قال
 صاحب النهاية بعد ذلك كذا في الصحاح والمغرب واقتنى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية أقول

(٤٤ - تكمله ثامن)

صاحبها معها أولم يكن فان لم يكن فإما ان سارت بارساله أو انفلتت فان كان الأول ضمن ما أتلفت مالم تتحول عن جهة الارسال عنة أيسرة
 لان ارسالها بالاحاطة سبب للتلافى وهو فيه متعدي وان كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت
 راكبا كان أو سائقا أو قائدا الا النسخة بالرجل أو الذنب لانه مباشر أو متسبب متعدي والغرض من هذا الاسهاب بيان قول المصنف
 رحمه الله الراكب ضامن لما أوطأت الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت أنه محمول على ما اذا لم يكن الراكب في ملكه لان هذا الجواب ان
 استقام في قوله ما أصابت يدها أو أرجلها لا يستقيم في قوله أو كسبت أو خبطت أو صدمت فيما اذا كان في ملكه على ما مر آنفا وذكر
 الاصل الذي ينبنى عليه هذه الفروع

باب جنابة البهيمية والجنابة عليها

(قوله ذكر جنابة البهيمية والجنابة عليها الخ) أقول فان قيل ما ذكر في هذا الباب جنابة انسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو على
 عاقبته قلنا ما أودع الله سبحانه وتعالى في البهائم ارادة وادرا كاصح اضافة الجنابة اليها ولزوم الضمان على غيرها لا ينافي تلك الاضافة
 كافي الجنائي والعاقلة (قوله وقيل بجوز أن يكون مفعولا لاياطاء محذوفين) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وان كانت في طريق المسلمين
 وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما أتلفت في الوجوه كلها) أقول هذا اذا أوقفها الغير البول والروث (قوله وكذا اذا صدمت أنه محمول على
 ما اذا لم يكن الراكب في ملكه) أقول يعلم كونه محمولا على ما اذا كان الراكب في الطريق مما ذكره المصنف في معرض التعليل

فقال (والاصل أن المروفي (٣٤٦) طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من

وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركين كل الناس) أما أنه يتصرف في حقه فلا أن الانسان لابد له من طريق يمشي فيه لتريب مهماته فالحرج عن ذلك حرج وهو مدفوع وأما أنه يتصرف في حق غيره فلا أن غيره فيه كهو في الاحتياج فبالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا وبالنظر الى حق غيره يستدعي الحرج مطلقا فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقيّة كلامه واضحة وقوله (والمتردّف فيما ذكرنا) يعنى في مسـ ووجب الجناية (كالراكب لان المعنى) أى المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف في الدابة بالسير على ما أراد (لا يختلف لاشها) فى أيديهم ونحت تصرفهم وقوله (ثم هو) يعنى الايقاف (أكثر ضررا بالمارة) جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مشـهـ فى كونه تصرفا فى الدابة فليتحق به وجهه أنه أضر منه (لما أنه) أى الايقاف (أدوم من السير فلا يلحق به) وقوله (والسائق ضامن

والاصل ان المروفي طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركين كل الناس فقلنا باباحة مقيدة بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم اغتيا بتقيد بشرط السلامة قيدا يمكن الاحتراز عنه ولا يتقدم فيها ليعتدل النظر من الجانبين المنع عن التصرف وسد بابيه وهو مفتوح والاحتراز عن الايذاء وما يضا فيه يمكن فانه ليس من ضرورات التسيير فبقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقدم به (فان أوقفها فى الطريق ضمن النفحة أيضا) لأنه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصارت متعدية فى الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال (وان أصابت يدها أو رجلها حصاة أو نواة أو آثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففأعين انسان أو أفسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن) لأنه فى الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفى الثانى يمكن لأنه ينقل عن السير عادة وانما ذلك بتعريف الراكب والمتردّف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال (فان رأت أوالت فى الطريق وهى تسير فخطب به انسان لم يضمن) لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه (وكذا اذا أوقفها ذلك) لان من الدواب ما لا يصنع ذلك الا بالايقاف وان أوقفها الغير ذلك فخطب انسان برؤسها أو بولها ضمن لأنه متعدى فى هذا الايقاف لأنه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضررا بالمارة من السير لما أنه أدوم منه فلا يلحق به (والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها)

كون المذكور فى المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نفحة الدابة ضربته بحد حاقرها وأما كون المذكور فى الصباح كذلك فممنوع اذ لم يعتبر فيه كون الضرب بحد الحاقر بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها * ثم أقول ببقا اشكال فى عبارة الكتاب وهو ان الذى يظهر عما ذكر فى كتب اللغة وعما ذكره الشراح هنا أن لا تكون النفحة الا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله أو ذنبها فى قوله ولا يضمن ما نفعت برجلها أو ذنبها لأنه يقتضى أن تكون النفحة بالذنب أيضا بل يلزم أيضا استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان داخلا فى مفهوم النفحة لا يقال ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجريد لانا نقول اعتبار التأكيد والتجريد معا بالنظر الى كلمة واحدة فى موضع واحد معتدرا للتناظر بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التأويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكورة فى الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا اشكال تأمل (قوله والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها) هذا اللفظ القدورى فى مختصره قال المصنف والمراد النفحة وقال صاحب النهاية فى شرحه أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها وقال انما فسر بهذا لأنه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها الوطء وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد وانما الاختلاف فى النفحة ولولم يفسر به هذا المكان للأول أن يؤول ذلك بالوطء وبثبت الاختلاف فيه ولمست الرواية كذلك اهـ واقتنى أثره كثير من الشراح منهم صاحب الغناية أقول فيه خلل أما أولا فلأن الظاهر من قوله سم أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها أن يكون المراد بالاصابة يسدها بالاصابة برجلها كليهما هو النفحة وليس كذلك اذ لا يطلق على الاصابة باليد النفحة وانما يطلق عليها الخطب اذا ضربت باليد ولو سلم اطلاق النفحة عليها أيضا بطريق التجوز فلا يجدى هنا اذ لا فرق بين الوطء باليد والخطب الذى هو الضرب باليد فى وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف أحد فلامعنى لان يكون المراد أحدهما دون الآخر وأما ثانيا فلأن القدورى لم يذ كر الخلاف فى مسألة السائق أصلا حتى يلزم من قومه أن يكون المراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها هو الوطء انبات الاختلاف فى الوطء وانما الذى بيننا خلاف

وقوله (والمراد النفعة) أي من قوله لما أصابت يدها أو رجلها وانما فسر بذلك لئلا يتوهم أن المراد به الوطء فإنه يوجب الضمان على السائق والقائد بخلاف لاحد فيه وقوله (واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله) يعني العراقيين وقوله (فيمكنه الاحتراز عنه) يعني بإبعاد الدابة عن التلف أو بإبعاده عنها وقوله (وقال أكثر المشايخ رحمهم الله) يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله (ما ذكرناه) يعني قوله فلا يمكنه التحرز وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار) معطوف على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النفقة بالرجل لأن الوطء مضمون بالإجماع وقوله (وانتقال الفعل) جواب عن قول الشافعي (٣٤٧) رحمه الله لأن فعلها مضاف إليهم يعني أن

ذلك يكون بالقياس على الإكراه ولا يكاد يصح لأن هناك الانتقال بتخويف القتل وهناك تخويف بالضرب فلا يلحق به قبل وفيه ضعف لأنه لم يقل بذلك قياساً على الإكراه وانما قال بناء على أصل آخر وهو أن سير الدابة مضاف إليها كبرها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفقة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار وأتى

والمراد النفقة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه أن النفقة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال أكثر المشايخ أن السائق لا يضمن النفقة أيضاً وإن كان يراها إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لا مكانه كجهها للجماها وبها ينطق أكثر النسخ وهو الأصح وقال الشافعي يضمنون النفقة كلهم لأن فعلها مضاف إليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار ومعناه النفقة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كافي المكروه وهذا تخويف بالضرب قال (وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الركب ضمنه السائق والقائد) لأنهم ماسيون بمباشرة ما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيقتيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالأركب (إلا أن على الركب الكفارة) فيما أوطأته الدابة بيدها أو رجلها (ولا كفارة عليها) ولا على الركب فيما وراء الإبطاء لأن الركب مباشر فيه لأن التلف بثقله ونقل الدابة تبع له لأن سير الدابة مضاف إليه وهي آلة وهما مسبيان لأنه لا يتصل منهما إلى الممثل شيء وكذا الركب في غير الإبطاء والكفارة بحكم المباشرة لاحكم التسبب وكذا يتعلق بالإبطاء في حق الركب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة (ولو كان ركب وسائق قبل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) لأن الركب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى

في هاتيك المسئلة هنا هو المصنف وذافر ع تفسيره مراد القدوري بالنفقة لا منشأ هذا التفسير كما يوهمه كلامهم * ثم أقول الحق عندي أن معنى قول المصنف والمراد النفقة هو أن مراد القدوري بقوله أو رجلها في مسئلة السائق وبقوله دون رجلها في مسئلة القائد هو النفقة وأنه انما فسر بذلك لئتم قوله في مسئلة القائد دون رجلها إذ لو كان المراد الوطء لم يتم ذلك فان وطء الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد أيضاً بخلاف أحد (قوله ووجهه أن النفقة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه) أقول لقائل أن يقول إن يد الدابة أيضاً غائب عن بصر القائد إذ القود لا يتيسر إلا بالنظر والاتفات إلى القدام فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته بيدها أيضاً فيبغي أن لا يضمن ذلك أيضاً فليست أم في الدفع (فسله وقال أكثر المشايخ أن السائق لا يضمن النفقة أيضاً وإن كان يراها إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه) أقول ولقائل أن يقول ليس على يدها أيضاً ما يمنعها به كما كان في لهما من الجمار فلا يمكنه التحرز

في الاتلاف فإن السوق لو انفرد عن الركوب أوجب ضمان ما تلفت بالوطء وكذلك الركوب فلم يجز أن يضاف عمل السوق في الاتلاف إلى الركوب بل كان التلف مضافاً إليهم نصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر إذا كان سبباً لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر فإنه لا يوجب التلف منفرداً عن الدفع الذي هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل ومخلصه فإنه من مظانه

(قوله وقوله ما ذكرناه) يعني قوله فلا يمكنه التحرز أقول وقوله أيضاً فلا يتقيد فيما لا يمكنه الاحتراز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد بابيه حتى يتم جواباً وبوجه الشافعي في الركب والقائد والسائق (قوله ومع ذلك لا يخلو عن ضعف) أقول فإنه إذا كان سير الدابة مضافاً إليها كبرها تكون النفقة مضافة إليه أيضاً (قوله والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه) أقول بجواب بطريق المعارضة

وقال (إذا اصطدم فارسان الخ) أي ضرب أحدهما الآخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصهما بالذکر وما ذکر زفر والشافعي رجهما والله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روى عن علي رضي الله كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فربما نقولنا بما ذكرناه يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الخ

قال المصنف (وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان) أقول قال الزيلعي ألا يرى أن محمد إذا كرى الأصل أن الراكب إذا أمر أناساً فأنفخ المأمر بالدابة ووطئت أنساناً كان الضمان عليهما فاشترى كل الضمان والناخس سائق والأمر راكب فبين بهذا أنهم ما يستويان والجواب أن المسبب إنما لا يضمن مع المباشرة إذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الالتلاف كما في الحفر مع الالتقاء فإن الحفر لا يعمل بدون الالتقاء وما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتري كان وهذا منه فان السوق متلف وإن لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فإنه ليس بمتلف بلا الالتقاء وعند (٤٨٣) الالتقاء وجد التلف بهما فاضيف إلى آخرهما كسئلة السفينة إذ كل واحد منهما لا يعمل

بانفراده وفيما نحن فيه يعمل فيشتري كان انتهى وقرر صاحب الكفاية تعليل وجوب الضمان عليهما بقوله ذكركم محمد في الأصل أن الراكب إذا أمر آخر فأنفخ الدابة فإن ووطئت أنساناً كان الضمان عليهما وعلل فقال لأن الناخس سائق والآ خر راكب فقد بين بما ذكرنا الراكب والسائق في ضمان ما ووطئت الدابة يشترى كان ولا يختص به الراكب انتهى وأنت خير بأن ما ذكره الزيلعي في معرض الجواب بمعزل عن هذا التقرير مع أنه لا يصلح جواباً عما ذكر في الأصل بل هو تحقيق وتفصيل له وكيف لا واللازم منه وجوب الضمان على السابق وهو قد صحح عدم

وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان قال (وإذا اصطدم فارسان فما تاف على عاقلة كل واحد منهما مادية الآخر) وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف مادية الآخر لما روى ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمة لم نفسه وصاحبه فهم در نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفر على قارعة الطريق برافقهما وعليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولأن الموت يضاف إلى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستنداً للاضافة في حق الضمان كالمشي إذا لم يعلم بالبر ووقع فيها لا يهدر دمه من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحاً لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالتأثم إذا انقلب على غيره وروى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما ما كل الدية فتعارضت روايتاه فربما نقولنا بما ذكرناه وفيما ذكرنا المسائل الفعلان محظوران فوضع الفرق

عما أصابت بيدها أيضاً فينبغي أن لا يضمنه أيضاً فليتنامل في الجواب (قوله وإذا اصطدم فارسان فما تاف على عاقلة كل واحد منهما مادية الآخر) قال في النهاية وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله وإذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فإن الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره في المبسوط سوى أن موت المصطدمين في الغالب إنما يكون في الفارسين اه وقال في العناية أخذ من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصهما بالذکر اه وقال في معراج الدراية وكذا الحكم إذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقاً أو بحسب الغالب اه وتبعه الشارح العيني أقول عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين نيراً فإن الباب الذي نحن فيه باب جنابة البهيمة والجنابة عليها ولا يفتي أن اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شيء فكان خارجاً من مسائل هذا الباب (قوله وروى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فربما نقولنا بما ذكرناه) قال في العناية أخذ من

هذا الوجوب فهذه من مثله غريب (قوله لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصهما بالذکر) أقول ولعل الأولى أن يقال إنما خصهما بالذکر لأن اصطدام الماشيين ليس من هذا الباب لعدم تعلقه بالبهيمة قال المصنف (فتعارضت روايتاه فربما نقولنا بما ذكرناه) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضاً ترجع جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتنا الترجيح والثاني أن ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحاً والجواب عن الأول أن ما ذكره من نقوض بالواقع في البر عبثية فيكون فاسداً وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة كذا في شرح أكل الدين وشرح شاهان وقال صاحب الكفاية فإن قبل القياس لا يصلح مرجحاً لانه علة ثبت به الحكم والترجيح إنما يكون باليس بعلة قلنا معناه فتعارضت روايتاه فتساقتا فربما نقولنا بما ذكرناه من الدليل أو نقول القياس إنما يكون علة عند عدم النص فأمّا عند وجود النص فلا يصلح علة وههنا النص موجود فاذ لم يصير علة يصح به الترجيح أو نقول ما روى أنه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضاً انتهى

وفيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا تخرج جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع في البئر عيشه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله (وفيما ذكر) جواب عن المسائل المذكورة في جهته ما وذلك لان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة فسقط ايجابه الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية وأما فيما نحن فيه فالمشئ مباح (٣٤٩) محض فلم يقع مقدم موجبا للضمان في حق نفسه أصلا فكان

هذا الذي ذكرنا اذا كانا حزينين في العمد والخطا ولو كانا عبيدين يهدر الدم في الخطا لان الجنابة تعلقت برقبته دفعا وقد فاتت الى الخلف من غير فعل المولى فهدر ضرورية وكذا في العمد لان كل واحد منهما ما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا في الخطا تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فباخذها ورثة المقتول الحر ويبتل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان أصل أبي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الادبي فقد أخلف بدلا بهذا القدر فباخذ ورثة الحر المقتول ويبتل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قد رما أخلف من البذل وهو نصف القيمة قال (ومن ساق دابة فوق السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كالهاجم ونحوه وكذا ما يحمل عليها) لانه متعدد في هذا التسيب لان الوقوع بتقصيره وهو ترك الشدا والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشتد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كافي المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل في قيد بشرط السلامة قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما وطأ فان وطئ بعيرا انما ضمن به القائد والدية على العاقلة) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعدد بالتقصير فيه والتسيب بوصف التعدى سبب للضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله (وان كان معه سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحدة فائد للكل وكذا سائقة لا اتصال الأزمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل أما اذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد ضمن ما عطف بها هو خلفه وبضمنان ماتلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لان قصاص الزمام والسائق يسوق ما يكون قد دامه

شرح تاج الشريعة فيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا تخرج جانبه بما ذكره من المعنى والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع في البئر عيشه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة اه أقول ان الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشئ لان القياس انما لا يصلح حجة في مقابلة النص اذا لم يكن ذلك النص متروكا العمل به بأن عارضه نص آخر وأما اذا كان متروكا العمل به بأن عارضه نص آخر وتساقتا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابله قطعا لا يرى الى ما تقرر في أصول الفقه ان الدليلين اذا تعارضوا تساقطا يصار من الكتاب الى السنة ومن السنة الى القياس وقول الصحابي ان أمكن ذلك ولو كان القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط الى القياس اذ يكون القياس انذاك في مقابلة السنة لا محالة والصواب

جنايته فلما ملك الميت ماتحه العاقلة تسقط عنهم كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطا فتر وجهها على اليد وما يحدث منه فان الدية تصير مهرًا وتسقط عن العاقلة وأجيب بأن السقوط انما يكون فيما اذا كان المراجع هو الجاني وههنا المراجع وارثه فبالنظر الى أن المستحق أولا هو الجاني يسقط وبالنظر الى أن المراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالمثل والباقي واضح وقوله (لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء) يعني السرج وسائر الادوات كافي المحمول على عاتقه اذا وقع على شئ تأتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله (على ما مر من قبل) أي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله (ومن قاد قطارا) القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح

قال (وان ربط رجل بعير الى القطار الخ) رجل ربط بعير الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القائد أو لم يعلم فان كان الثاني وقد وطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لا مكان تحرزه عن ربط القسيير فاذا ترك ذلك صار متسببا متعديا والدية في مثله على العاقلة كافي القتل الخطا ثم يرجع عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في رواية المبسوط ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير ووفق الامام المحمدي رحمه الله بينهما فانه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان (٣٥٠) فانه في الحقيقة على القائد والرابط الا أن العواقل تعقل عنه ما اعتبر في الجامع

الصغير حال الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا الى القائد حين علم بالربط فقد رضى بما بطقه من الضمان فلا يرجعون عليه - ثم شيء ولم يذكر له ظهوره وقوله (وانما لا يجب الضمان عليها ابتداء) ظاهر وقوله (قالوا) يعني أن لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسبب والوقوف والمشاخ رجهم الله قالوا هذا أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار يسير أما اذا ربط والابل قيام ثم قاده فانه يضمنها القائد بلار رجوع على أحد والوجه ما ذكره في الكتاب وقوله (ومن أرسل بهيمة) يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو أرسل كلبا ومعنى سوقه اياه ان يمشي خلفه (ولو أرسل طيرا) أي باز ياوساقه فأصاب في فوره بأن قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السائق لعدم اعتبار

قال (وان ربط رجل بعير الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية) لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبب الدية على العاقلة كافي القتل الخطا (ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط) لانه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهم ما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه أمر بالقود دلالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط أما اذا ربط والابل قيام ثم قاده فانه يضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير ان يصرح بمحاولة لادالة فلا يرجع بحلقه عليه قال (ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقا فأصاب في فورها يضمنه) لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق قال (ولو أرسل طيرا وساقه فأصاب في فوره لم يضمن) والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائق لم يضمن ولو أرسله الى صيد ولم يكن له سائقا فأخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا أن الحاجة مست في الاصطيد فأضيف الى المرسل لان الاصطيد مشروع ولا طريق له سواء ولا حاجة في حق ضمان العدوان وروى عن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطا لصيانة اموال الناس قال رضى الله عنه وذكر في المبسوط اذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصاب في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سفنها ولو انعطفت بمنزلة أو يسرة انقطع حكم الارسل الا اذا لم يكن له طريق آخر سواء وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسل في الاصطيد ثم سارت فأخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لم تكن منه الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسل

في الجواب عن الثاني أن يقال مراد المصنف بقوله فرجنا عما ذكرنا اننا رجحنا قولنا بما ذكرناه من المعقول الذي ما له القياس بعد ان تعارضت روايتاه لا اننا رجحنا أحدهما روايتين عما ذكرناه من الدليل العقلي حتى يتجه عليه أن ما يصلح حجة لا يصلح مرجحا بقى ههنا شيء وهو أنهم صرحوا بأن ما ذكره زفر والشافعي جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان واذا تعارضت الروايتان عن علي رضى الله عنه وتساقطنا فكان مصيرنا في اثبات قولنا الى ما ذكرناه من المعقول الذي ما له القياس لزم أن يكون ما قلناه جواب القياس أيضا فامعنى قولهم انه جواب الاستحسان والجواب ان الاستحسان لا ينحصر في النص بل قد يكون بالنص كافي السلم والاعادة وبقاء الصوم في النسيان وقد يكون بالاجماع كافي الاستصناع وقد يكون بالضرورة كافي طهارة الحيض والا بار وقد يكون بالقياس الخفي وهو الأكثر كما صرح بذلك كله في كتب الاصول فالمراد بالاستحسان في قولهم ههنا ما قلناه جواب الاستحسان

و يخلاف السوق والارسل فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيدا الحرم لم يلزمه شيء وقوله (انقطع حكم الارسل الا اذا لم يكن له طريق سواه) أي سوى طريق اليمنى واليسرى بأن كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسل كالماء لم ينقطع عنه ويسرة وقوله (وكذلك اذا وقفت ثم سارت) أي ينقطع حكم الارسل وقوله (وهذه) أي وقفة الدابة تنافي مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسل هو السير لا الوقوف

(قوله بأن كان على الجادة ماء أو وحل الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقعت لان حكمها بخلاف الحكم أصل المسئلة وتبين به الفرق بين الارسلين كما بين بقوله بخلاف ما اذا وقعت الفرق بين الوقفتين وقوله (على فوره) أي فور الارسال وهو أن لا تغيل عينا ولا شمالا وقوله (لما مر) إشارة الى قوله انقطع حكم الارسال وقوله (قال محمد رحمه الله هي المنقلة) أي الجماء (٣٥١) التي أهدر النبي صلى الله عليه وسلم فعلها هي المنقلة لا التي أرسلت فان

وبخلاف ما اذا أرسله الى صديق فأصاب نفسه أو مالا في فوره لا يضمنه من أرسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدد فيضمن ما تولد منه أما الارسال للاصطياد فباح ولا تسبب الا بوصف التعدي قال (ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فوره ضمن المرسل وان مالت عينا أو شمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انقلبت الدابة فأصاب مالا أو آدمياً لا أو نهار الا ضمان على صاحبها) لقوله عليه الصلاة والسلام جرح العجماء عجار وقال محمد رحمه الله هي المنقلة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال (شاة لقصاب فقت عينا ففهم ما انقصها) لان المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان (وفي عين بقرة الجزر وجزر وره ربع القيمة وكذا في عين الجمار والبغل والفرس) وقال الشافعي فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة

هو القياس الحسن في المقابل للقياس الجلي فلا اشكال (قوله أما الارسال للاصطياد فباح) قال بعض الفضلاء نعم الا أنه لم لا يمكن مقيد بشرط السلامة اه أقول جوابه يظهر بقول المصنف رحمه الله ولا تسبب الا بوصف التعدي فان كون الفعل المباح مقيد بشرط السلامة انما هو فيما وجد فيه التعدي كافي للمرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذي هو حق العامة وأما فيما لا يوجد فيه التعدي كافي الارسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة لان الضمان في أمثال ذلك انما يتصور بالنسب ولا تسبب الا بوصف التعدي وحيث لم يوجد التعدي لم يتصور التسبب فلا ضمان أصلا وقد أوضح الفرق بين ارسال الدابة في الطريق وبين ارسال الكلب أو البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال وجه الفرق ان ارسال الدابة في الطريق اذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعدد من صاحبه فمأول منه يكون مضمونا عليه وأما ارسال الكلب أو البازي من غير اتباع معه فليس تعدد منه لانه لا يمكنه الاتباع والنسب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعددا اه تبصر (قوله ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته) وهي السوق والقود والر كوب كذا في عامة الشروح وقال في النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان من حق اللفظ أن يقول من الارسال وأمثاله أو يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة اذ السوق أو القود لما كان اختلا لا لارسال كان الارسال أختا أيضا ولا يلزم جعل بعض أسباب التعدي أختا وبعضها أختان غير دليل اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشيء لانه ليس هنا مؤثت معنوي خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك اه أقول ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية فانه لم يقل كان من حق اللفظ أن يؤتى بأداة التانيث البتة حتى يقال ليس هنا مؤثت معنوي يقتضي الاتيان بأداة التانيث بل قال كان حقه أن يجعل أسباب التعدي في قرن واحد من التذكير والتانيث بأن يقال من الارسال وأمثاله أو يقال من الارسال واخواتها ولا يلزم جعل بعضها مذكرا وبعضها مؤثتان غير أمر يدعو اليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك للاحالة ثم أقول الوجه في دفع ذلك أن يقال لما جازت ذكير كل واحد من تلك الأسباب باعتبار ما في ظاهر لفظ كل واحد منها في معناه من التذكير وجازت تانيث كل واحد منها بتأويل لفظه بالكلمة أو تأويل معناه بالفعل

والر كوب ففيه ربع القيمة كافي الذي لا يؤكل لحمه كالبغل والجمار وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان واعتبارا بالشاة عمل بالظاهر

قال المصنف (أما الارسال للاصطياد فباح) أقول نعم الا أنه لم لا يكون مقيد بشرط السلامة (قوله أو يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة) أقول الاظهر بتأويل الفعل اذ ليس المراد بالارسال واخواتها الالفاظ بل معانيها (قوله والر كوب) أقول البقر ما خلقت للر كوب والحمل الا أن يقال لا فائل بالفصل بين البقر والابل

ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب ذلك وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك
 فتركنا القياس فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في
 غير المأكل كقول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأكل اللحم فيلحق به وقوله (ولان فيها مقاصد سوى اللحم) دليل
 معقول على ذلك وهو واضح وفيه (٣٥٣) إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفقه العين لا بقوة بل

هو عيب يسير فيلزم نقصان
 المالية وقوله (ولانه انما
 يمكن إقامة العمل بها) دليل
 آخر وهو أيضا واضح لكن
 الاعتماد على الأول ألا ترى
 ان العنين لا يضممان بنصف
 القيمة كذا قاله فخر الاسلام
 رحمه الله وانما قال ذلك لان
 المعمول به في هذا الباب
 النص وهو ورد في عين
 واحدة فيقتصر عليه وقوله
 (أو نخسها) يعني بغير إذن
 الراكب والنخس هو الطعن
 ومنه نخس الدواب دلالتها
 فان قيل القياس يقتضي
 أن يكون الضمان على
 الراكب لكونه مباشرا وان
 لم يكن متعديا لان التعدي
 ليس من شرطه فان لم
 يختص به فلا أقل من الشركة
 فالجواب أن القياس يترك
 بالاثرة فيه أثر عمر وابن
 مسعود رضي الله عنهم وقد
 أشار المصنف رحمه الله إلى
 الجواب بقوله (ولان الراكب
 والمركب مدفوعان بدفع
 الناحس لان فعل الراكب
 قد انتقل إلى الدابة لان
 الوثبة المهلكة انما كانت
 منها فكان مضطرا في حركته

ولنا ما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه
 ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الأدي وقد
 تمسك الأدي كل من هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الأدي في إيجاب الربع وبالشبه
 الآخر في النصف ولانه انما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عناها وعينا المستعمل فكأنها
 ذات أعين أربعة فيجب الربع بقوات أحداها قال (ومن سار على دابة في الطريق فضره رجل
 أو نخسها فنفتت رجلا أو ضر به يدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناحس دون الراكب)
 هو المروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناحس
 فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده

صحيح في كل واحد منها الوجهان ثم ان المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين
 المتضادين كما في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة على ما عرفت ذكر بعض تلك الاسباب وأنت بعضها
 فقال من الارسل وأخواته تدبر تف (قوله ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين
 الدابة بربع القيمة) قال في العناية فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما
 لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكل كقول من الحمل والركوب والزينة والجمال
 والعمل موجود في مأكل اللحم فيلحق به اه أقول في الجواب نظرا لما منع أن يمنع ان المعنى الذي
 أوجب ذلك في غير ما كقول اللحم تلك الامور المذكورة وحدها لجواز كون أن لا يقصد منه اللحم أصلا
 كما يقصد ذلك من الشاة داخل في كون ذلك المعنى أيضا وهو غير موجود في مأكل اللحم اذ قد يقصد
 منه اللحم كما يقصد تلك الامور المذكورة أيضا فلا يتم الاطلاق كما لا يخفى (قوله ولان فيها مقاصد سوى
 اللحم الخ) أقول فيه كلام أما أولا فلا ن هذا الدليل لا يتشبه في غير ما كقول اللحم كالجمار والبغل
 والفرس بل هو مجتمعا مع ما سببه يقتضي أن يكون الجواب في غير ما كقول اللحم غير الجواب في مأكل
 اللحم مع ان الجواب فيهما متحد وان كلامهما داخل في المدعى هنا وأما ثانيا فلا ن قوله بشبه الأدي
 في إيجاب الربع يعني عملنا بشبه الأدي في إيجاب الربع ليس بواضح لان شبه الأدي لا يقتضي إيجاب
 الربع بل يقتضي إيجاب النصف لان الواجب في الأدي في الحناية المبرورة هو النصف وانما المقضي
 لا إيجاب الربع مجموع الشبهين كيف ولو كان المقضي لا إيجاب الربع شبه الأدي فقط لما احتج
 إلى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى فالظاهر في الادعاء أن يقال فعملنا بالشبهين بشبه الأدي في إيجاب
 المقدر من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نقي النصف الواجب في عين الأدي فوجب الربع
 عملهما وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال فأشبه الانسان من وجهه والشاة من وجهه فوجب
 تنصيف التقدير الواجب في الانسان عملهما ما اه نعم مراد المصنف أيضا هذا المعنى اكن عبارة
 لا تساعده كما ترى (قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناحس فأضيف فعل الدابة إليه
 كأنه فعله بيده) أقول برده عليه ما ذكره فيما مر في مسئلة السائق والقائد جوابا عن الشافعي بقوله

(قوله والجمال والعمل

موجود الخ) أقول فيه بحث (قوله فان قيل القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا) ولان
 أقول ممنوع بل سبب هنا وجوز أن يقال أشار إلى هذا الشارع بقوله ان فرض مباشر ظل المصنف (فأضيف فعل الدابة إليه
 كأنه فعله بيده) أقول مخالفا لأسلفه في هذا الباب مجيبا عن الشافعي وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف
 بالضرب تأمل

وفعل الدابة قد انتقل الى الناحس لكونه الحامل لها على ذلك ملحوظا فكان الناحس بمنزلة الدافع الدابة والراكب معا على ما فعل في الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكرام الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشر او لا التسبب ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال النفحة اوجبت الضمان على الناحس دون الراكب والسائق ايضا عند أكثر المشايخ رحمهم الله وهي مما لا يمكن التعرض عنها فالجواب انها لا توجه على السائق اذا كان بالاذن وههنا بلاذن فلو نخس وهو ما ذن كان سائقا وامكان التعرض انما يمكن في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعدي فلا يعتبر وقوله (ولان الناحس متعدي في تسيبته) دليل آخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعلة معتبرا فهو مباشر والتعدي (٣٥٣) ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما اذا اتلفت بالوطء لانه يحصل التلف بالنقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة

ولان الناحس متعدي في تسيبته والراكب في فعله غير متعدي فترجع جانبه في التفريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناحس نصفيين لانه متعدي في الايقاف ايضا قال (وان نفخت الناحس كل دمه هدرًا) لانه بمنزلة الحاني على نفسه (وان القتل الراكب فقتله كان ديبته على عاقلة الناحس) لانه متعدي في تسيبته وفيه الدية على العاقلة قال (ولو وثبت بنخسه على رجل أو ووطئه فقتله كان ذلك على الناحس دون الراكب) لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف انه يجب الضمان على الناحس والراكب نصفيين لان التلف حصل بشقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناحس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفختها لانه امره بما يملكه اذا نخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر

وانتقل الفعل بخوف القتل كما في المكره وهذا بخوف بالضرب وجه الورود غير خاف على الفطن الناظر في المقامين (قوله ولان الناحس متعدي في تسيبته والراكب في فعله غير متعدي فترجع جانبه في التفريم للتعدي) قال صاحب العناية فيه نظر لان الراكب ان كان فعلة معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما اذا تلف بالوطء لانه يحصل التلف بالنقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسبيين وترجع الناحس في التفريم وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه اعتبر موجبا في التفريم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعدي في تسيبته وليس بشئ فتأمل وقوله (والواقف

(٤٥ - تكمله فامن) في ملكه والذي يسير في ذلك سواء) يعني يجب الضمان على الناحس في كل حال وقد يملكه احتراز اعماء تقدم من الايقاف في غير الملك فانه يتنصف الضمان هناك على عاقلة ما وقوله (والثاني) أي الوطء مضاف الى الناحس لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما ووطئته الدابة وهذه رواية ابن سميعة عن أبي يوسف رحمهما الله

(قوله ههنا تسامح لان شرطه الخ) أقول أي شرط سببية فعل الراكب للضمان وهو التعدي والضمير راجع الى فعل الراكب والشرط ليس شرطه نفسه بل لا اعتبار في التفريم في قول المعنى الى ما ذكرنا (قوله لا يصلح معارضا) أقول أي لا يصلح فعل الراكب معارضا لفعل الناحس (قوله ولعل معناه الخ) أقول فيه بحث (قوله وليس بشئ فتأمل) أقول لورود النظر المذكور آنفا

وقوله (مضاف اليهما) أي إلى الركب والناخس وفي بعض النسخ اليها أي إلى النخسة وقوله (ولا يتناولونه من حيث أنه اتلاف) لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته وقوله (يقتصر عليه) أي على الناخس لأن الركب أذن له بالسوق لا بالإبطاء والاتلاف وقوله (والركوب وإن كان علة) جواب سؤال تقريره الركب صاحب علة للوطء على معنى أنه يستعمل رجل العادة في الوضع والرفع فكان ذلك (٤٥٣) بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطاء والإضافة إلى العلة

أولى ووجهه أن الركوب وإن كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء فكان الوطاء ثابتاً بعلتين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله (وصار كما إذا أمر صبياً يستسك) انما قيد بذلك لأنه إذا لم يستسك فلا ضمان على أحد ما على الصبي فلان مسكه بمنزلة الحمل على العادة فلا يضاف السير إليه وأما على الرجل فإنه لم يسرها وإذا لم يصف سيرها إلى أحد كانت منفصلة وفعله ما جاز وقوله (والناخس إذا كان عبداً) يعني ونخس بغير إذن الركب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفقدى والباقي ظاهر إلى آخره والله أعلم

قال المصنف (إذا كانت في فورها الذي نخسها) أقول قوله الذي بدل من الضمير المضاف إليه وتذكر أسرار الموصول

قال (ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها بالناخس) بآذن الركب فالدية عليهم ما نصفين جميعاً إذا كانت في فورها الذي نخسها) لأن سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناولونه من حيث أنه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يرجع صاحب العلة كمن جرح إنساناً فوقع في بئر حفرة ما غيره على قارة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الركب بما ضمن في الإبطاء لأنه فعله بأمره وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه لأنه لم يأمره بالإبطاء والنخس يتفصل عنه وصار كما إذا أمر صبياً يستسك على الدابة بتسييرها فوطئت إنساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الأمر لأنه أمره بالتسيير والإبطاء يتفصل عنه وكذا إذا تناوله سلا حافقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الأمر ثم الناخس انما يضمن إذا كان الإبطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً إليه وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الركب لا تقطاع أثر النخس ففي السوق مضافاً إلى الركب على الكمال (ومن قلد دابة فنخسها رجلاً فانفلتت من يد القائد فأصاب في فورها فهو على الناخس وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره) لأنه مضاف إليه والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته وإن كان صبياً ففي ماله لانهم ما أخذوا بفعله هما (ولو نخسها ثمي منسوب في الطريق فنفتحت إنساناً فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء) لأنه متعبد بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله والله أعلم

لتعديده في الاتلاف كما في المسئلة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها بالناخس) بآذن الركب فالدية عليهم ما جاعاً إذا كانت في فورها الذي نخسها لأن سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما) أقول ولقائل أن يقول الركب مباشر فيما أتلف بالوطء لمحصل التلف يتقبله ونقتل الدابة جميعاً كما صرح جوابه والناخس مسبب كما مر في الكتاب وإذا اجتمع المباشر والمسبب فالإضافة إلى المباشر أولى كما صرح جوابه سيما في مسئلة الركب والسائق فبالله - ثم حرر مواهنا بإضافة الفعل إلى الركب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهم ما جاعاً فتدبر (قوله والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناولونه من حيث أنه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه) قال في النهاية أي يقتصر الضمان على الناخس أقول ليس هذا بشرح صحيح انما يقتضي هذا الوجه وهو حينية كون فعل الناخس اتلافاً أن يكون الناخس متعدياً بكونه مسبباً لخراب الدابة ولا يلزم منه أن لا يوجد هناك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد وجد في مسئلتنا أن الركب فيها مباشر ولا أقل من أن يكون أيضاً مسبباً فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الركب جميعاً كما هو جواب المسئلة فالصواب أن مراد المصنف بقوله فمن هذا الوجه يقتصر عليه أي فمن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس أي لا ينتقل إلى الأمر وهو الركب كما ينتقل إليه من وجه آخر وهو حينية كونه سوقاً كما في المسئلة الأولى فينشد بتنظيم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوي الأفهام (قوله والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته) قال في العناية قوله

بنوع تأويل أو صفته على مذهب الكسائي (قوله يعني ونخس بغير إذن الركب الخ) أقول فيه بحث فإنه إذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الركب نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه على ما صرح جوابه إذا كان النخس بآذن الركب قال العلامة الكاكي الآن المولى يرجع على الأمر بالأقل من قيمة العبد ونصف الدية لأنه صار غاصباً للعبد باستعماله إياه في نخس الدابة وإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمل له اهـ

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

لما فرغ من بيان أحكام جنابة المالك وهو الحر والجنابة عليه شرع في بيان أحكام جنابة (٣٥٥) المملوك وهو العبد وأخبره لاخطا

رتبه عن رتبه لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمه فكيف أخر باب جنابته عن باب جنابة البهيمه لان جنابة البهيمه كانت باعتبار الرأكب أو السائق أو القائد وهم مساكين قال (واذا جنى العبد جنابة خطا) اعلم أن التقيد بالخطا هنا قيد في الجنابة في النفس لانه اذا كان عيدا يجب القصاص وأما قبادون النفس فلا يفيد لان خطا العبد وعده قبادون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذا قصاص لا يجزى بين العبد والعبد ولا بين العبيد والاحرار قبادون النفس وقوله (قيل لمولاه ما تدفعه بها أو تقديه) يعني بعد الاستيفاء فانه لا يقضى على المولى بشئ في ذلك حتى يرى المجنى عليه اعتبارا لجنابة العبد بجنابة الحر وقدينا انه يستأنى في جنابة الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدمها والقضاء قبل الاستيناء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله (وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فبعبه المجنى عليه بعد العتق وعندنا

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

قال (واذا جنى العبد جنابة خطا قبل لمولاه ما أن تدفعه بها أو تقديه) وقال الشافعي جنابته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضى المولى الأرض وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق

والناخس اذا كان عيدا يعني ونخس بغير إذن الرأكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفدى اه وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الرأكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يفديه على ما صرحوا به اذا كان النخس بإذن الرأكب اه أقول بحقه ساقط فان مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما اذا نخس بغير إذن الرأكب لانه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شئ من الصور الا اذا كان نخس بغير إذن الرأكب لانه يتصور حتى يتجه عليه ان في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على عاقلة الرأكب نصف الدية وفي رقبه العبد نصفها اذا كان النخس بإذن الرأكب كما صرحوا به ويرشد الى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا اذا نخسه بغير إذن الرأكب وأما اذا نخسه بإذن الرأكب فلا يتخلوا ما ان كانت من الدية نفعة أو ووطء فقد ذكر حكمها في المبسوط وقال اذا كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبدا لغيره فنخس دابته فنخعت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المأمور كفعل الأمر عبدا كان المأمورا وحرا وان وطئت في فور هاذك انسا نافقتته فعلى عاقلة الرأكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الرأكب الا أن المولى يرجع على الأمر بالآقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل اه تأمل

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

لما فرغ من بيان أحكام جنابة المالك وهو الحر والجنابة عليه شرع في بيان أحكام جنابة المملوك وهو العبد وأخبره لاخطا رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح أقول فيه شئ وهو ان لقائل أن يقول ما وقع الفراغ من بيان أحكام جنابة الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جنابة الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان أحكام الجنابة على الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جنابة العبد على الحر وهو ايضا انما يتبين في هذا الباب فالأظهر أن يقال لما فرغ من بيان جنابة الحر على الحر شرع في بيان جنابة المملوك والجنابة عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك النسبة من جانب آخره لاخطا رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمه فكيف أخر باب جنابته عن باب جنابة البهيمه لان جنابة البهيمه كانت باعتبار الرأكب أو السائق أو القائد وهم ملاك اه أقول فيه ايضا شئ اذ لقائل أن يقول ان أراد ان جنابة البهيمه كانت البتة باعتبار الرأكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فان جنابته بطريق النفعة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار احد منهم والالوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها وكذا الحال فيما اذا أصابت سدها أو رجلها حصاة أو فؤاة أو أمارت غبارا أو حجر أصغرا ففقا عين انسان أو أفسد نوبه وكذا اذا انتقلت فأصابت مالا أو آدميا لولا أنها را كما عرف كل ذلك أيضا في بابها وان أراد ان جنابته قد تكون باعتبار احد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم تمام التقريب ويمكن أن يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمه ضمان على أحد بل يكون فعلها عذرا لا يترتب عليه حكم

الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا للفداء

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

وقوله (والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا قال اذا جنى العبدان شاء دفعه وان شاء فداء وهكذا روى عن علي ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما وغيرهما وروى عن علي رضي الله عنه مثل مذهبنا قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنائيتهم في قيمتهم أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد وقوله (فتجب في ذمته) أي في ذمة العبد كأي الدين فإن الدين في ذمته يكون شاعلا للمالية رقبته يباع فيه (٣٥٦) إلا أن يقضى المولى دينه كذلك ضمان الجنابة وكذا في الجنابة على المال وفي بعض النسخ

والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم أن الأصل في موجب الجنابة أن يجب على المتلف لانه هو الجاني إلا أن العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لأن العقل عندى القرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كأي الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كأي الجنابة على المال ولنا أن الأصل في الجنابة على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني فخر زاعن استصاله والاحتياط به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجنابة وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة

من أحكام الجنابة في الشرع وانما ذكرت في بابها استطرادا وبناء الكلام هنا على ماله حكم من الاحكام الشرعية فيتم التقريب (قوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) قال في الكافي والكفاية فعن ابن عباس رضي الله عنه مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبنا وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضي الله عنه كاهو مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما كاهو مذهبنا فانهم ما قالوا لا عبيد الناس أموالهم وجنائيتهم في قيمتهم أي أثمانهم وقال في غاية البيان روى أصحابنا كالقدوري وغيره في كتبهم عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال اذا جنى العبدان شاء دفعه وان شاء فداء وعن عمر رضي الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم وجنائيتهم في قيمتهم وعن علي رضي الله عنه مثله وقال في معراج الدراية روى عن علي رضي الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنائيتهم في رقاب الناس كذهبنا وهكذا روى عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم وروى عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبنا فانه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنائيتهم في قيمتهم أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد اه أقول قد اضطربت كلماتهم في الرواية عن علي رضي الله عنه فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كاترى * ثم أقول قد خالف الكل هنا صاحب البدائع حيث قال ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى عن علي وعبد الله بن عباس مثل مذهبنا بمحض من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل الانكار عليهم من أحد منهم فيكون إجماعنا منهم اه ولا يخفى أنه يخالف قول العامة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم (قوله ولنا ان الأصل في الجنابة على الآدمي في حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني الخ) قال صاحب العناية فنه بحث وهو أن الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعندنا الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فن آين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعي رحمه الله تعالى جعل وجوب موجب جنائيتهم في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجنابة على المال فنحن اذ بينا الفرق بينهما بقي أصله بلا أصل فبطل وقد بين المصنف رحمه الله ذلك بقوله بخلاف الذي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجنابة على المال لان العواقل لا تعقل المال فتجب في ذمته وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل لابطاله ليس بمقيس على أصل يبطل بابداء الفارق على أن قوله ان الأصل في موجب الجنابة أن يجب على المتلف والمولى يبطل أيضا بقولنا الأصل ذلك في موجب الجنابة العمد والخطا والاول مسلم ولا يفيد ادا الكلام في الخطا والثاني عين النزاع وقوله (لانه هو الجاني) غير مفيد لانه يحتاج أن يقول والأصل في الجاني أن يكون موجب جنائيتهم على نفسه لانه المتلف فهو مصدره على المطلوب

كأي الذي يعني اذا قتل الذي رجلا خطأ تجب دية في ذمته لا على عاقلة كأي اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذي يدل على صحة هذه النسخة وقوله (ولنا أن الأصل الخ) ظاهر وفيه بحث وهو أن الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعندنا الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فن آين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعي رحمه الله جعل موجب جنائيتهم في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجنابة على المال فنحن اذ بينا الفرق بينهما بقي أصله بلا أصل فبطل وقد بين المصنف رحمه الله ذلك بقوله بخلاف الذي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجنابة على المال لان العواقل لا تعقل المال فتجب في ذمته وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي

لا يعقل لابطاله ليس بمقيس على أصل يبطل بابداء الفارق على أن قوله ان الأصل في موجب الجنابة أن يجب على المتلف والمولى يبطل أيضا بقولنا الأصل ذلك في موجب الجنابة العمد والخطا والاول مسلم ولا يفيد ادا الكلام في الخطا والثاني عين النزاع وقوله (لانه هو الجاني) غير مفيد لانه يحتاج أن يقول والأصل في الجاني أن يكون موجب جنائيتهم على نفسه لانه المتلف فهو مصدره على المطلوب (قوله فعن ابن عباس مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد) أقول يعني قال ابن عباس اذا جنى العبد الخ (قوله وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل لابطاله) أقول بل النص يدل على خلافه وهو حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا الحديث

وقوله (الأنه يخبر) استثناء من قوله والمولى عاقلته جواب عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخبراً كما في سائر العواقل ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهور فيها بالتوزيع والقسم على وجه لا يوجب الإجماع وأما ههنا فالمولى واحد فظاهرناه فيه بآيات الخيارات وقوله (غير أن الواجب الأصلي هو الدفع) جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني إذا مات (٣٥٧) فان العقل لا يسقط عن عاقلته

ووجهه أن الواجب الأصلي هو الدفع وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة فان الموجب الأصلي فيه جزء من النصاب ولأنه أن ينتقل إلى القيمة (ولهذا) أي ولكون الواجب الأصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لقوات المحل وقوله (في الصحيح) احتراز عن رواية أخرى ذكرها الترمذي روى عنه الله أن العبد هو الأصل ولكن للمولى أن يدفع ههنا الواجب بدفع الجاني وإنما كان ذلك صحيحاً لما ذكر في الأسرار أن بعض مشايخنا رجحهم الله ذكر أن الواجب الأصلي هو الأرش على المولى وله المخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد وقوله (بخلاف موت الحر الجاني) جواب عما ذكره هنا مستشهداً به كذا ذكرناه آنفاً ووجهه أن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار

والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به والأصل في العاقلة عندنا النصر حتى تجب على أهل الديوان بخلاف المذمى لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة تجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال إلا أنه يخبر بين الدفع والفداء لانه واحد وفي آيات الخبرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال (فإن دفعه ملكه ولي الجناية وإن فداءه فداءه بارشها وكل ذلك يلزمه حالاً) أما الدفع فلا أن التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين

في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه أن يبقى مذهبه بالأصل بل مدارك له على أن لا عاقلة للعبد بناء على أن العقل عنده بالقرابة لا غير وإنما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله لجرد التنظير كما يرشد إلى ذلك كما تقر بالمصنف فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء أصله بالأصل كما لا يخفى وأما ثانياً فلا أن للشافعي أن يقول أصلنا مستند إلى النص كما كان أصلكم مستند إلى النص وهو ما روى عن عمر رضي الله عنه ليس عقيس على ما يبطل بأبداً الفرق * ثم أقول الحق في الجواب عن البحث المذكور أن يقال الكلام في تعليل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف إلى المختلف وهو أن العاقلة من هي فقال الشافعي هي أهل العشيرة وقلنا هي أهل النصرة وقد ذكر ذلك في أوائل كتاب المعامل مدلاً ومفصلاً وقد فامت لنا حجة على الشافعي هناك فاكفيناها بما جعل ذلك المختلف أصلاً لهذا المختلف كما ترى (قوله والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به) قال بعض الفضلاء ليس يخالف هذا حديث لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً اهـ وقال صاحب التسهيل يشكك هذا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد إذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه اهـ وذكره أيضاً بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية أخذاً من التسهيل كما هو حاله في أكثر إراداته في تلك الحاشية أقول في الجواب عما ذكره كلهم هناك لفظة العاقلة إنما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضاً فان الفقهاء قالوا العاقلة الذين يعقلون أي يؤدون العقل وهو الامة كما سيجي في الكتاب وفي المغرب العاقلة هي الجماعة التي تغرم الامة وهم عشيرة الرجل أو أهل ديوانه أي الذين يرتقون من ديوان على حدة اهـ وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الأب الذين يعطون دية من قتلته خطأ وقال أهل العراق هم أصحاب الدواوين اهـ إلى غير ذلك من المعتبرات فإذا تقررت هذاتين فإن المراد بما في الحديث أن العواقل

كالعبد في صدقة الفطر في أنها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد قال (فإن دفعه ملكه ولي الجناية) فإن دفع المولى العبد الجاني ملكه الجاني عليه (وإن فداءه فداءه بارش الجناية) وكل ذلك يلزمه حالاً أما الدفع فبأن الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر فالتأجيل في الاعيان باطل لأن التأجيل شرع للحصول ترهناً وتحصيل الحاصل باطل

قال المصنف (والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به) أقول ليس يخالف ما قلنا الحديث لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً (قوله والقسمه على وجه لا يورث الإجماع) أقول الظاهر أن يقال لا يورث الإجماع

الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا ترى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار ما لا يتعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل وغير ذلك وأجيب بأن الفداء لما وجب عقابته الجنائية في النفس أو أعضاؤه أشبه الدية والأرض وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينيا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك أي كسائر الديون حال الان الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الأبال بشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والأجل فتخرج جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به أه أقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الأصل وفرعه ان كانت أمر الإزما أو راجحا يرتفع السؤال عن أصله ويكتفى ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المنزور مستندة كاجد وان لم تكن أمر الإزما ولا راجحا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال وقال في العناية ويجوز أن يقال الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل الأبا موزر رية فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزر رية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بمن الحاق النية به ليكون مطهر اشترعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون لمعاقبه أه أقول فيه بحث اذ كان حاصل السؤال ان كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب بقوله الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل الأبا موزر رية هو أن الأصل في الحكم الأبا موزر رية ضرورة لا يتغير عليه التعليل الذي ذكره بقوله فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزر رية اذا الظاهر أن معنى كون الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزر رية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها الأبال ضرورة لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير حكمها بعد ان تغيرت نفسها الأبال ضرورة والمطوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول فلا يتم التقريب فتأمل تفهيم (قوله وأما الفداء فلا نه لاحق له الأرض) أقول فيه اشكال سيما

وأما الفداء فلا نه لجعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فباخذ حكمه قبل كون

التي هي الجماعات لا تعقل عبدا كما تعقل حرا وان مذهب أي حنيفة رحمه الله تعالى هو ان العبد اذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة أي الجماعة بل يغرم مولاه جنائسه فقول المصنف وغيره هنا المولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ ومعناه المولى كما عاقلته لان العبد يستنصر به كما يستنصر الحر بعاقلته يرشد اليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاقلة لا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حران المولى في كونه مخاطبا بجنابة العبد عزلة العاقلة ولا يتحمل عن العاقلة عواقبهم فكذلك لا يتحمل جنابة العبد عاقلة مولاه أه فلا يتخالف ما ذكرناه من حديث لا تعقل العواقل عدا ولا عبدا ولا يشكل هذا على مذهب أئمتنا من ان العبد اذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة فتبصر (قوله وأما الفداء فلا نه لجعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فباخذ حكمه قبل كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا ترى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار ما لا يتعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل وغير ذلك وأجيب بأن الفداء لما وجب عقابته الجنائية في النفس أو أعضاؤه أشبه الدية والأرض وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينيا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك أي كسائر الديون حال الان الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الأبال بشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والأجل فتخرج جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به أه أقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الأصل وفرعه ان كانت أمر الإزما أو راجحا يرتفع السؤال عن أصله ويكتفى ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المنزور مستندة كاجد وان لم تكن أمر الإزما ولا راجحا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال وقال في العناية ويجوز أن يقال الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل الأبا موزر رية فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزر رية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بمن الحاق النية به ليكون مطهر اشترعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون لمعاقبه أه أقول فيه بحث اذ كان حاصل السؤال ان كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب بقوله الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل الأبا موزر رية هو أن الأصل في الحكم الأبا موزر رية ضرورة لا يتغير عليه التعليل الذي ذكره بقوله فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزر رية اذا الظاهر أن معنى كون الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الأبا موزر رية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها الأبال ضرورة لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير حكمها بعد ان تغيرت نفسها الأبال ضرورة والمطوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول فلا يتم التقريب فتأمل تفهيم (قوله وأما الفداء فلا نه لاحق له الأرض) أقول فيه اشكال سيما

صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بمن الحاق النية به ليكون مطهر اشترعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون لمعاقبه لا يقال قد تبصر بوجوده حالا

فهو ضرر وانه لان ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر رهضى وقوله (على ما بيناه) اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصل هو الدفع الخ (وان مات) أى العبد الجاني بعدما اختار المولى الفداء قولاً أو فعلاً لم يبرأ بموت العبد عن الفداء وطول بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة العيّن فان الحادث غير مخير وان عين أحدهما قولاً لم يتعين وهما قد تعين وأجيب بأن حقوق العباد أوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولاً وفعلاً وأما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فتعين الواجب به وقوله (لان تعلق الاولى) أى الجنابة الاولى برقبته لا يمنع تعلق الجنابة الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وهما لم يمنع وأجيب بان في الرهن ايقام واستيفاء حكماً فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس في الجنابة كذلك وقوله (على قدر ارض جنابتهما) لان المستحق انما يستحق (٣٥٩) عوضاً عما فات عليه فلا بد من

أن يقسم على قدر المعروض
وقوله (لما ذكرنا) يعنى
قوله لان تعلق الاولى برقبته
لا يمنع تعلق الثانية وقوله
(وعلى هذا حكم النجيات)
يعنى لو شجر رجلاً موضحة
وأخرها شمة وآخر منقطة
ثم اختار المولى الدفع يدفع
الى صاحب الموضحة سدس
العبد لان له جسماً ثمة والى
صاحب الهاشمة ثلثه لان
له ألفاً والى صاحب المنقطة
نصفه لان له ألفاً وجسماً ثمة
فيقتسمون الرقبة هكذا
وقوله (وهى الجنابات
المختلفة) يعنى فإزان
يختار فى أحدهم خلاف
ما اختاره فى حق الآخر
كألو ان فرد كل واحد منهم
وقوله (والحق يجب للقتول)
جواب عما يقال الحق وان
كان متمداً بالنظر الى

على ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ التحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال (فان عاذ فبني كان حكم الجنابة الثانية كحكم الجنابة الاولى) معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجنابة بالانسداج جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جنابة قال (وان جنى جنابتين قبل للمولى اما أن تدفعه الى ولى الجنابتين فيقسمانه على قدر حقيهما واما أن تصديه بارش كل واحد منهما) لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجنابة فى الجنى عليه الاول أولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارض جنابتهما (وان كانوا جماعة فيقسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداء فداء بجميع اروشهم) لما ذكرنا (ولو قتل واحداً وفقاً عين آخر يقتسمانه اثلاثاً) لان ارض العين على النصف من ارض النفس وعلى هذا حكم النجيات (وللولى ان يفسد من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) لان الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهى الجنابات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له أن يفسد من أحدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لا تخادسببه وهى الجنابة المتحدة والحق يجب للقتول ثم لا وارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال (فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجنابة ضمن الأقل من قيمته ومن ارشها وان أعنته بعد العلم بالجنابة وجب عليه الارش) لان فى الاول قوت حقه فيضمنه وحقه فى أقلهما ولا يصير مختاراً للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفى الثانى صار مختاراً لان الاعناق يمنعه من الدفع فالأقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاء لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به

فى الحصر اذ قد تقرر فيما قبل ان الواجب الاصل فى جنابة العبد هو الدفع فى الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب الا أنه كان للولى حق النقل الى الفداء كما فى مال الزكاة فاذن كان حق ولى الجنابة منحصراً فى الدفع على ما هو الواجب الاصل فى جنابة العبد فان لم ينصرف فيه فمما معنى حصره فى الارش بقوله لاحق له الا الارش وهذا يكون مناقضاً لما ذكره قبلاً بقوله أما الدفع فلا أن حقه متعلق

السبب فهو متمدد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجهه أنا لان سلم أن المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للقتول الخ لا يقال الملك يثبت للوارث حقيقة وحكم وليت حكماً فقط لانه ليس من أهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل أولى قال (فان أعنته المولى وهو لا يعلم بالجنابة) الأصل فى جنس هذه المسائل أن المولى اذا علم بجنابة العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يعجز عن الدفع صار مختاراً للفداء والا فلا اذا لم يعلم بالجنابة لم يكن مختاراً للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن ارش الجنابة وعلى هذا يخرج الفروع المذكورة فى الكتاب وقوله (وعلى هذين الوجهين) يعنى قبل العلم وبعبء

وقوله (بخلاف الاقرار على رواية الاصل) يعني اذا جنى العبد جنابة فقال ولم اهو عبدك فادفعه او اذنه فقال هو اثنان الغائب وديعة عندي او طرية او جارية او رهن لا يصير مختارا للفداء الماذ كرى في الكتاب ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقامها آخر الامر الى قدوم الغائب وان لم يقيمها خوطب بالدفع او الفداء ولا يصير مختارا لادبته مع تمكنه من الدفع وقوله (والحقه الكرخي بالبيع واخواته) في صيرورته مختارا الماذ كرى في الكتاب قال في الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله (واطلاق الجواب) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن ارشها الخ وقبل يريده قوله في أول الباب واذ جنى العبد جنابة خطا فانه ينتظم النفس ومادونه وقوله (وكذا المعنى لا يختلف) لان كل واحد مال وقوله (لانه يزيل الملك) لا خلاف في ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس يحتاج اليه ههنا وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع) يعني لا يصير مختارا للفداء به ما لان الملك مازال قبل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجبر بالبيع والبائع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع كان فاسحا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختارا للفداء وأجيب بأن غنة ضرر ورم تصفق ههنا وهي أنه لو لم يجعل مجبرا فاسحا هناك لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتقدير الاجازة في الثانية وأما ههنا فلو لم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافتقر فاقوله (بخلاف الكتابة الفاسدة) بان كاتب المسلم عبده الجاني على (٣٦٠) خرا وختر يرفانه يصير مختارا للفداء لان موجبته ثبت بنفس العبد

وهو وتعلق العتق بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله (فمما ذكرناه) قيل يعني في اختيار الفداء وقيل في العلم بالجنابة وعدمه وقوله (ولو ضرب به فنقصه) يعني بأن أنقصه حتى صار مهز ولا اقلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجنابة لانه حبس جزأ منه وأما اذا ضرب به ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الأرض الآن يرضى ولي الدم أن

بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجنابة فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس ومادونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك مازال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصير مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبته ثبت قبل قبض البديل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولا به من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذته بغير عوض وهو محقق في الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضرب به فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجنابة لانه حبس جزأ منه وكذا اذا كانت بكر افوطها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اطلاق

به (قوله واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس ومادونها) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن ارشها وقبل يريده قوله في أول الباب واذ جنى العبد جنابة خطا فانه ينتظم النفس ومادونها وكذا

ياخذ ما نقصا ولا ضمان على المولى لانه لا يرضى به ناقصا صار كأنه نقصان حصل بآفة مما يوجب وقوله (وكذا اذا كانت بكر افوطها) يعني يصير به مختارا للفداء وان لم يكن الوطء معلقا لما قلنا انه حبس جزأ منه وقوله (بخلاف التزويج) يعني لا يصير به مختارا للفداء لانه لا يعجزه عن الدفع كالا يعجزه عن البيع وعمل المصنف رحمه الله بقوله (لانه عيب من حيث الحكم) وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كالأقر عليها بالسرقة عالما بالجنابة فان بهذا الاقرار يدخلها نوع عيب ولكن لما كان حكما لم يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن عيسى حيث قال التزويج تعيب وباتعيب يثبت اختيار الفداء كالأقر عليها على يد يدها وعيبها وذلك لان التعيب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لان فيه حبس جزأ منها وأما الحكمى فليس كذلك وقوله (وبخلاف وطء الثيب) فان به لا يصير المولى مختارا للفداء ما لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اطلاق وقوله (على ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبي يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختيار الان الحل يختص بالملك فكان الوطء ليس على امسالك العين فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فان الوطء هناك فسخ للبيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا الا اذا كان معلقا أجيب بأنه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطء حراما لانه اذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زواجا فاقتمين أن الوطء حصل في غير ملكه فلا يضر زعم ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجنابة يملكها ولي الجنابة من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زواجا فاقتمين أن الوطء كان في غير ملكه

وقوله (وبخلاف الاستخدام) يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختاراً للفداء حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختاراً بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذراً في نقض الاجارة والرهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختياراً للفداء وقوله (في الاظهر) احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل أنه يكون مختاراً بالاجارة والرهن لانه أثبت عليه بدامسقة فصار كالبيع وقوله (وكذا بالاذن في التجارة) يعني لا يكون به مختاراً لانه لا يجوز عن الدفع ولا ينقص الرقبة (الآن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى) ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع اليه فله أن يمتنع من قبوله قال (ومن قال لعبد ان قتلت فلانا) (٣٦١) ومن علق عتق عبده بمحنة توجب

الدية مثل أن يقول ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك خلافاً لفر رجمه الله لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند التكلم ليس شيء منهما موجوداً وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً واستشهد بالمسئلة المذكورة في الكتاب وقوله (ولنا) ظاهر وقوله (ولانه حرضه) دليل آخر ومعناه أن المولى حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل أو الرمي أو الشج (بتعليق أقوى الدواعي اليه) أي إلى الشرط وهو الحرية (والظاهر أنه يفعله) رغبة منه في الحرية (وهذا دلالة الاختيار) وانما قلنا بجناية لانه لو علقه بغيرها مثل أن يقول لعبد ان

وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختاراً بالاجارة والرهن في الاظهر من الروايات وكذا بالاذن في التجارة وان ركبته دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته قال (ومن قال لعبد ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك) وقال زفر لا يصير مختاراً للفداء لان وقت تكلمه بالجناية ولا علمه بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً ألا ترى انه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يثبت في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية ألا ترى أن من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا أقر بك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً لانه يصير مطلقاً بعد وجود المرض بخلاف ما أورده لان غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه اذا اليمين للنكح فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي اليه والظاهر أنه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال (واذا قطع العبد يد رجل عدا فدفع اليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقيل لا لا دوايا اقتلوه أو اعفوا عنه)

في العناية أقول لا ينبغي على ذي فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكرنا لان تأخير التعرض لاطلاق ما في أول الباب الى هنا مع كونه بعيداً عن نهج السداد في نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف واطلاق الجواب لان الاطلاق هناك في المسئلة لافي الجواب كما لا ينبغي على ذي الالباب فالمراد هو الاول لا غير (قوله وكذا بالاذن في التجارة وان ركبته دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة) أقول في التعليل شيء وهو انه ان أراد أن الاذن في التجارة وان ركبته دين لا يفوت الدفع بغير رضا ولي الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال متصلاً به الآن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله واذا كان له ذلك يفوت الدفع بغير رضاه قطعاً وان أراد أنه لا يفوت الدفع بغير رضا ولي الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ أن ينتقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الجاني فنقصه فانه يصير مختاراً للفداء هناك اذا كان عالماً بالجناية كما مر آنفاً

(٤٦ - تسكمه نامن) دخلت الدار فأنت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختاراً للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه علق بها أقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالماً بها ظاهراً وانما قلنا بجناية توجب الدية لانه لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئاً

(قوله والرهن يتمكن من قضاء الدين الخ) أقول تعلق حتى الجنى عليه يعني العبد سابقاً على تعلق حق الرهن يوجب صحة فسخ الرهن وان نقص الدين على ما صرحوا به (قوله وانما قلنا بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن الخ) أقول لا يلزم مما ذكره المصنف وجوب التعليق بجناية توجب الدية بل اذا كان بالأعم مثل أن يقول ان قتلت بلا تقييد ووجدته ما يوجب الدية كالقتل بالمتفل أو القتل خطأ يكون الجواب كذلك

وقوله (ووجه ذلك) يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق (أنه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) أي الدفع (وقع باطلا) سماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ (٣٦٣) رحمه الله أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجنائية

به وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين أطراف الاحرار والعبد واذا سرى تبين أن المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لأن الذي كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمته عليه فإنه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لأن اقدامه على الاعتناق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر من حال العاقل أنه اذا أقدم على تصرف بقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح إلا بجعله صلحا عن الجنائية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الاقدام على الاعتناق ويجعل المولى أيضا كذلك دلالة لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير أرضى وشرط صحة الاقتضاء وهو امکان المقتضى موجود ولهذا

ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان أطراف العبد لا يجري القصاص بينهما وبين أطراف الحر فاذا سرى تبين أن المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل وبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمته عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لأن اقدامه على الاعتناق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف بقصد تصحيحه ولا صحة له الا وأن يجعل صلحا عن الجنائية وما يحدث منها ولهذا النص عليه ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل يكون أرضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتناق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والا ولياء على خيرتهم في العفو والقتل

مع انه يجري أن يقال هناك أيضا ان الضرب وان نقصه لا يفتوت الدفع رضا لى الجنائية فإنه اذا رضى أن يأخذ فاقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به ويمكن الجواب عنه بأن قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل في صورة ما اذا ضربه فنقصه ان لم يفت الدفع رضا لى الجنائية تنقص الرقبة فالتعليل المذكور هنا لم يجز بتمامه هناك فلم ينتقض بذلك نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما اذا ركب دين كلام لان وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون لى الجنائية اذا دفع العبد اليه فيتبعونه بدونهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف الا ان لى الجنائية أن يمنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى وعن هذا قال صاحب الكافي ولكن الرقبة قد انتقصت عند حقوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن فكان لى الجنائية أن يمنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته اه فتأمل (قوله ووجه ذلك) وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق أنه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح أي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجنائية به اه واقتنى أثره الشارح العيني أقول فيه نظر لان المصنف صرح فيما مر بأن الموجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وقال ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب فكيف يستقيم تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا حتى ان صاحب الاسرار بعد ان ذكر ما اختاره بعض المشايخ من أن الواجب الأصلي هو الارش قال والاراية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد انتهى ثم أقول الحق عندى أن يجعل تسمية الدفع هنا صلحا على المشاكاة بأن عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في محبة ما هو صلح وهو ما اذا اعتقه تدبر ترشد (قوله والباطل لا يورث شبهة) كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمته عليه) أقول فيه بحث وهو أنه ان أراد أن الباطل لا يورث شبهة فيما اذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في تنظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمته عليه فهو مسلم لكن لا يجدى نفعها هنا لان الدافع لم يعلم أن القطع يسرى فيه يكون موجبه القود بل ظن أنه لا يسرى وكان موجبه المال وان أراد أن الباطل لا يورث شبهة وان لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا يرى أنه اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها ولم يعلم بحرمته عليه بل ظن أنها محل له فإنه يورث شبهة فيرد العبد الى المولى والا ولياء على خيرتهم في العفو والقتل

وذكر

لنوص على ذلك ورضى به المولى صح فتمين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديدا ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والا ولياء على خيرتهم في العفو والقتل (قوله والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ) أقول الظاهر أن يقول لم يقع الصلح عنه

وقوله (وذ كرفي بعض النسخ) قال الامام نحر الاسلام رحمه الله وذ كرفي بعض نسخ هذا الكتاب أى كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذ كرفي الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله (الى آخر ما ذ كرنا) يعنى وان لم يعتقه رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خبرتهم بين القتل والعفو وقوله (وهذا الوضع برد اشكالا) قبل أى الوضع الثانى وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورد الاشكال لان دفع العبد فى هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبنى عن الخطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع غة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه خطيئة فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع أى وضع الجامع الصغير فى النسخة المعروفة وغيرها رد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب واختلف المشايخ رحمهم الله فى الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذ كر ههنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعنى وجوب القصاص فى هذه المسئلة على النسختين جواب القياس وفى الاستحسان تحب الدية وفى مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفى القياس يجب القصاص فكان الوضع فى هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان فاندفع التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهم ما فرق وهو أن العفو عن اليد صريح ظاهر الان الحق له كان فى اليد من حيث الظاهر فيصم العفو ظاهرا فبعد ذلك (في اليد من حيث الظاهر) فيصم العفو ظاهرا) وتبطل به الجناية كذلك (٣٣٣)

وان بطل العفو بالسرية حكايته موجودا حقيقة) وذلك كاف لمنع وجوب القصاص (أما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تمتنع الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا اعتقه فالتخريج على ما ذ كرناه من قبل) وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده الخ وقوله (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولى الجناية) يعنى اذا كانت القيمة أقل

وذ كرفي بعض النسخ رجل قطع يدرجل عدا فصالح المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى آخر ما ذ كرنا من الرواية وهذا الوضع برد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب قيل ما ذ كر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهم ما فرق ووجهه أن العفو عن اليد صريح ظاهر الان الحق كان له فى اليد من حيث الظاهر فيصم العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكايته موجودا حقيقة فكنى ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا اعتقه فالتخريج ما ذ كرناه من قبل قال (واذا جنى العبد المأذون له بجناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لأولياء الجناية) لانه أنلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للأولياء والبيع للغير ما فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ابقاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغير ما فيصم عنهما بالانلاف بحرمتهما عليه (قوله) أما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة (أقول) رد عليه انه ان أريد بقاءه صلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقى عليه على حاله فهو ممنوع كيف وقد صرحوا فى صدر كتاب

من الارش وقوله (أنلف حقين) واضح وقوله (ويمكن الجمع بين الحقين) جواب عما يقال لا يسلم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين فلا يحتج بان يكون الانلاف واردا عليهما ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضا من الرقبة الواحدة بأن يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغير ما فيكون الانلاف واردا عليهما فيصم عنهما به والأصل أن العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والقضاء فان دفع بيع فى دين الغرماء فان فضل شئ كان لاصحاب الاولاد وانما عدا بالدفع لان به توفير الحقين فان حق ولى الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ومضى بدأ بدفعه فى الدين تعذر الدفع بالجناية لانه تجدد المشتري الملك ولم يوجد فى يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجبا أجب بانها اثبات حق الاستخلاص لولى الجناية بالغرماء بالدين فان للناس فى الأعيان اغراضا وانما لم يبطل الدين بحسب وث الجناية لان موجبها صيرورته حرا فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شئ صرف الى أولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يبق بالدين تأخر الى حال الحرية كالأول يبيع على ملك المولى الأول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليعنى عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية اذا كانت الجناية فى النفس لأولياءها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة وقد مر

(قوله وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى الخ) أقول يعنى الاتقانى

وقوله (بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي) واضح وقوله (فلا يظهر في مقابلته الحق) يعني حق الدفع (لأنه دونه) أي الحق دون المالك فيكون الحق مع المالك مرجوحا قال (وإذا استدان الامة المأذون لها ثم ولدت) فرق بين ولادة الامة بعد استدانها وبين ولادتها بعد جنابتها في أن الولد يباع معها في الاولى دون الثانية فان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبته يبيع أو هبة أو غيرهما فكانت من الاوصاف الشرعية القازفة في الام فتسرى الى الولد كالكتابة والتسدير والرهن وأما موجب الجنابة فالدفع أو القداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لا يصير المولى ممنوعا من التصرف في رقبته يبيع أو هبة أو استخدام (وانما يلاقها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع) فلا يسرى الى الولد لكونه وصفا غير قازف حصل عند الدفع وقوله (والسرابة في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية) بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل الى غيره وأما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحول بتحويله واعتراض وجهين أحدهما لا نسلم أن دين الامة في ذمتها فان المولى ان أعنتها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها ضمن كالمقتل مديون انسان فانه لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا لم يسرى أثر الدفع الى أرض استحققتها بجنابة حتى يباعها جان ودفعه اليها بطريق الاولى لما ان ولدها جزؤها أو أرشها ليس كذلك ولما لم يسر الى جزئها لكونه أثر فعل حقيقي كان أولى أن لا يسرى الى ما ليس بمجزء منها وأوجب عن الاول بأن وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما يتعلق به حق الغرماء بيعا واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى والاول وجب عليه ايفاء الدين لا ضمان قيمة العبد وانما

(٣٦٤)

لا يضمن القاتل دين من

قتله لعدم الممانعة بين المتناف وهو الدين وما يقابله من العين ضمانا وضمان العبد وان يعتمد الممانعة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لان الاتلاف هناك لاقى محالا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة النقص فان قبل اذا كان تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم وعن الثاني أن الارض

بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهم ما ياتلف الحق فلا ترجح فيظهر ان فيضمن ما قال (وإذا استدان الامة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جنابة لم يدفع الولد معها) والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء فيسرى الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجنابة لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسرابة في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال (واذا كان العبد رجل زعم رجل آخر أن مولاه أعنته فقتل العبد وبالمالك الرجل الزاعم خطأ فلا شيء له) لانه لما زعم أن مولاه أعنته فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى الا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال (واذا أعنت العبد فقال لرجل قتل أخاك خطأ وأنا عابد وقال الآخر قتلته وأنت حر فاقول قول العبد) لانه منكر للضمان لما أنه أسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعاً أو فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبي أو بعت دارى وأنا صبي أو قال طلقت امرأتى وأنا مجنون أو بعت دارى الجنابات بأن موجب التمسك بالعقد القود الآن يعفو والاولياء أو يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو في

بدل جزء متصل فان بالجنابة وولى الجنابة قد استحقها بكل جزء منها فإتات من الاجزاء بعوض قام العوض مقامه وأنا

كالمقتل وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولى الجنابة اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد فانه بعد الانفصال ليس بمجزء ولا بدلا عن جزء وقوله (واذا كان العبد لرجل) صورته المذكورة ظاهرة وذ كرفي الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجنابة وفي المبسوط بعدها رولا تفاوت في ذلك وقوله (وابراء العبد) يعني من كل الدية لا من قسطه فيها وبراء المولى لانه لم يدع عليه بعد الجنابة اعتنا حتى يصير به مختار للفداء ان علم بذلك أو مستهلكا حق الجنى عليه ان لم يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشئ ولا على العاقلة إلا بحجة وقوله (واذا أعنت العبد) يعني اذا أعنت عبد معمر وف بالرق (فقال لرجل قتل أخاك خطأ وأنا عابد وقال الآخر لرجل قتلته وأنت حر فاقول قول العبد لانه منكر للضمان) لانه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد معمر وف بالرق والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعاً أو فداء واعتراض بأن العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله وأوجب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الاقرار وههنا هو منكر لصله فصار كمن يقول لعبد اعنتك قبل أن تتخلق أو أخلق

(قوله وانما لا يضمن القاتل دين من قتله الخ) أقول الظاهر أنه كان يكفي أن يقول وانما لا يضمن القاتل الدين لانه لم يفترقه (قوله فان قلت اذا كان تخصيص العلة) أقول كيف يكون تخصيص العلة والمضمون ههنا ليس هو الدين بل العين الذي أتلفه

وقوله (كان القول قوله) يعني مع عيـنه وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه منكر للضمان قال (ومن أعنتى جارية ثم قال لها) هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله (الاجماع والغلة) أن يقول لها جاععتك وأنت أمتى أو أخذت منك غلة عمك وأنت أمتى وقالت بل كان ذلك بعد العتق فان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الاشياء قائما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلافه على هذا الوجه فان الرد فيه مجمع عليه بنائها محمد رحمه الله على الاصل المذكور وأجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بأنه أقر بيده أي بيد المأخوذ منه (حيث اعترف بالأخذ منه) (٣٦٥) ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول

وأنا مجنون وقد كان خنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال (ومن أعنتى جارية ثم قال لها اقطعك بذلك وأنت أمتى وقالت قطعتم أو أنا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما أخذ منها الا الجاع والغلة استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الاشياء قائما بعينه يؤمر برده عليها) لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفـهل الى حالة معهودة منافية له كافي المسئلة الاولى وكافي الوطء والغلة وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها ولها ما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قولها كما اذا قال لغيره فقأت عينك البني وعيني البني صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك البني مفقوة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما أسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن بدها لو قطعها وهي مدبونة وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المدبونة لا يوجب العقر وكذا أخذ من غلته وان كانت مدبونة لا يوجب الضمان عليه فحمل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان

اسقاط موجب الجنابة وان أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجنابة في الاصل بل يقر بذلك حيث وقع الصلح عنه على مال وان سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فاذا لم تبطل الجنابة لم تمتنع العقوبة اذ لا يلزم من عدم بطلان الجنابة معنى ثبوتها في الاصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسا بين صورتى العفو والصلح اذ العفو أيضا لا ينافي ثبوت موجب الجنابة في الاصل قبل العفو كما لا يخفى (قوله ومن أعنتى جارية ثم قال لها اقطعك بذلك وأنت أمتى وقالت بل قطعتم أو أنا حرة فالقول قولها) قال صاحب العناية هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان أقول ليس هذا بسد بطلان مبنى هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان كافي المسئلة الاولى والا لما كان القول قولها بل كان يجب أن يكون القول قول المقر كافي المسئلة الاولى وانما مبنى هذه المسئلة على أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله الا بجهة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة نعم مبناها على قول محمد اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان الا أن قوله ليس عطا طبق لجواب هذه المسئلة وانما ذكرها بطريق الاستطراد لا الاصاله فاما معنى بناء هذه المسئلة التي كان جوابها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما صرح به في الكتاب على أصل قول محمد فيها (قوله وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن) قال صاحب العناية ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا للمسئلة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها ولها ما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله) وهذا لانه ما أسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن بدها لو قطعها وهي مدبونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المدبونة لا يوجب العقر وكذلك اذا أخذ من غلته وان كانت مدبونة لا يجب الضمان عليه فصل في ما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرهما (لانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقأت عينك البني وعيني البني صحيحة ثم فقئت) يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصا وارشا وقال المقر له بل فقأتها وعينك البني مفقوة) يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف ان كان صحيحا حال

الاتلاف ثم تاف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا رحمهم الله أن موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العدول الى المال فقبل العـدول اذا فاته اهل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع عين شخص ثم شلت عينه وفق العين بالتعوير لا قصاص فيه فلا يستقيم الاصل المذكور وأحيب بأن المرافق عذبه به فورها ولم تخفف والقصاص فيه جار وقوله (وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن) ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا للمسئلة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

قال المصنف (وكذلك كل ما أخذ منها الا الجاع والغلة استحسانا) أقول سبق في كتاب المأذون أن المولى أن يأخذ غلته مثله بعد الدين

مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا ليئا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منى وأنا مسلم فأنهم على الخلاف
كذا قيل فإن صح ذلك فوجه قول محمد رحمه الله أنه أسند أقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال
الحربى قد يضمن اذا أخذه دينافكان قد أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الابحجة والله أعلم والحاصل أن هذه المسائل على
ثلاثة أوجه في وجهه يكون (٣٦٦) القول قول المولى وهو ما اذا أخذ الفدية او وطنها وفي وجهه يكون القول

قول الجارية وهو ما اذا أقر
المولى أنه أخذ منها مالا
وهو قائم في يده وفي وجه
اختلفوا وهو ما اذا استهلك
مالها أو قطع يدها وقد
اتفقوا على أصليين أحدهما
أن الاسناد الى حالة معهودة
منافية للضمان بوجه
سقوط المقر به والآخر أن
من أقر بسبب الضمان ثم
ادعى ما يبرئه لا يسمع منه
الابحجة فالوجه الاول
مخرج على الاصل الاول
بالاتفاق والوجه الثانى
مخرج على الاصل الثانى
بالاتفاق والوجه الثالث
نوجه محمد رحمه الله على
الاول وهما على الثانى وقوله
(واذا أمر العبد المحجور)
على الوجه الذى ذكره
ظاهر وقوله (على ما بينا
من قبل) اشارة الى ما ذكره
قيل فصلى الجنين وقوله
(لأنه غير مضطر في دفع
الزيادة) أى لضرورة في
اعطاء الزيادة لأنه يتخلص
عن عهدة الضمان باعطاء
الاقل من الفداء أو قيمة
العبد لأنه انما تلحق بأمره
ما هو الاقل منه ما قال (واذا
قتل العبد رجلين عدا)

قال (واذا أمر العبد المحجور عليه صياح يقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية) لأنه هو القاتل حقيقة
وعنده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل (ولاشئ على الأمر) وكذا اذا كان الأمر صيبا لانهم لا يؤخذون
بأقوالهم الا بالنواخذة قيم باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الأمر
أبدا ويرجعون على العبد إلا أمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال بالنقصان أهلية
العبد بخلاف الصبي لأنه فاسر الأهلية قال (وكذلك ان أمر عبدا) معناه أن يكون الأمر عبدا
والمأمور عبدا محجورا عليهما (يتخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء) ولا رجوع له على الاول في
الحال ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لأنه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان
القتل خطأ وكذا اذا كان عبدا والعبد القاتل صغيرا لان عهده خطأ ما اذا كان كبيرا يحب القصاص
لجريته بين الحر والعبد قال (واذا قتل العبد رجلين عدا ولكل واحد منهما وليا فعتقا أحدهما ولى كل
واحد منهما ما كان المولى يدفع نصفه الى الآخر من أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لأنه لما عفا أحد ولى
كل واحد منهما ما سقط القصاص وانقلب ما لا فصار كولو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في
الرقبة أو في عشرين ألفا وقد سقط نصيب العاقدين وهو النصف وبقى النصف (فان كان قتل أحدهما
عبدا والآخر خطأ فعتقا أحدهما ولى الممد فان فداء المولى فداء بمائة عشرة ألفا نجسة آلاف الذى لم يعف
من ولى الممد وعشرة آلاف لولى الخطا) لأنه لما انقلب الممد مالا كان حق ولى الخطا في كل الدية عشرة
آلاف وحق أحدهما ولى الممد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب نجسة عشر ألفا (وان
دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولى الخطا وثلثه لغير العاق من ولى الممد عند أبي حنيفة وقال لا يدفعه
اربعا ثلاثة ارباعه لولى الخطا ويربعه لولى الممد)

مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا ليئا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منى
وأنا مسلم فأنهم على الخلاف كذا قيل فإن صح ذلك فوجه قول محمد أنه أسند أقراره الى حالة معهودة منافية
للضمان ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربى قد يضمن اذا أخذه دينافكان قد أقر بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الابحجة الى هنا كلامه (أقول) فيه نبذ من الاختلال أما أولا فلان
قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع ممنوع فأنه وان لم يكن داخل في مسألة القطع نفسها
الا أنه نظير لها لا اشتراكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما اسنادا لقرار الى حالة منافية للضمان
عندهما وكونه نظير لما نحن فيه تعلق محض به فان التنظير كثير الوقوع في استدلالهم شائع فيما
بينهم فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأن من بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره
فقات عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الخ وأما ثانيا فلان قوله ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن
مال الحربى قد يضمن اذا أخذه دينافليس بشرح مطابق للشرع وانما المطابق له أن يقال لان مال
الحربى قد يضمن اذا أخذه وهو مستأن من تدبر (قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولى الخطا وثلثه
لغير العاق من ولى الممد عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يدفعه اربعا الخ) قال صاحب النهاية وأصل هذا

كلامه واضح الى قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولى الخطا وثلثه لغير العاق من ولى الممد عند أبي حنيفة رحمه الله فالقصة

قال المصنف (ويجب أن يرجع بعد العتق) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وانما قال ويجب أن يرجع بعد العتق الخ
اذلارواية لذلك أقول ينبغي أن لا يرجع بشئ لان الأمر لم يصح والأمر لم يقع في هذه الورقة لكمال عقل المأمور بخلاف ما اذا كان
المأمور صبيبا انتهى أوجب بأن أمره استخدام واتلاف بسببه مال المولى واذا استخدم العبد فعطب ضمن المستخدم كذا هذافليتأمل

وأصل هذا ما اتفقوا عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضابق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا يباع عبدانسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المالك البيعين كان العبدان المشترين أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاجعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقيقتين على وجه الكمال وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه لساكت من ولي العمد لأن حق وولي العمد كان في جميع الرقبة فإذا عفا أحداهما بطل حقه وفرغ النصف فبطل حق وولي الخطأ بهذا النصف بلامنازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة وولي الخطأ والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا كما في مسئلة الفضولين ولا يبي خنيقة رحمه الله أن أصل حقه هم اليمس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لأن حق وولي الخطأ في عشرة آلاف وحق شريك العاق في خمسة فيضرب (٣٦٧) كل واحد منهما بمحصنه كرجل

عليه ثلاثة آلاف درهم ألفان لرجل وألف لآخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لأن المالك يثبت للشترى في العين ابتداء وقوله (وإذا كان عبدان رجلين فقتل مولى لهما) فسر المصنف رحمه الله بقوله أي قريبا لهما قال الله تعالى وإني أخفت الموالي من ورائي أي الأقارب ويحتمل أن يراد به عبد لهما اعتقاه فعفا

فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بلامنازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فينتصف فلهذا يقسم أرباعا وعند يه يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثا لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالدين فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة تطاير واضداد ذكرناها في الزيادات قال (وإذا كان عبدان رجلين فقتل مولى لهما) أي قريبا لهما (فعفا) أحدهما بطل الجميع عند أبي خنيقة وقال يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يقديه بربع الدية) وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب أيضا وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي خنيقة وذكر في الزيادات عبد قتل مولا له ابنان فعفا أحدا لئلا يطل ذلك كله عند أبي خنيقة ومحمد وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لأبي يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع

ما اتفقوا عليه وهو أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لأنه لا تضابق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه أما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كما في مسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا يباع عبدانسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين كان العبدان المشترين أرباعا وكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاجعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقيقتين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلته هذه ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه لساكت من ولي العمد

أحدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند أبي خنيقة رحمه الله وقال يقال للعاقى ادفع نصف نصيبك إلى شريكك أو أفده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي خنيقة رحمه الله والاشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله قال أبو يوسف ومحمد أن حق كل واحد من المولين في نصف القصاص شائعا

(قوله فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه) أقول يخالف لما أسلفه في باب ما يدعيه الرجلان فراجعه (قوله وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء) أقول ولم يكن تعاق الحق بالعين على وجه الشيوع لكل واحد في البعض ولا بد من هذا التقييد على ما مر حوا فيه إذا كان ثبوت حق في العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عنده وعندهما أيضا لا بد من التقييد بأن لا يكون تعلق الحقيقتين على وجه الشيوع في وقت واحد ولا تكون القسمة عولية (قوله فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت الخ) أقول فيه بحث (قوله ولا يبي خنيقة أن أصل حقه هم اليمس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة) أقول سبق من المصنف في أول الباب أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء وما ذكره الشارح بخلافه كما لا يخفى ثم قول المصنف هنا لأن الحق تعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشارح أيضا لأن يراد بالرقبة الذمة مجازا

لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم يبقى على أصل الحرية والمولى في دمه كاجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفا احد ههما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير ان شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فيكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده دية او ما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع او يقضيه ربع الدية ولا يخيى حنيفة رجه الله ان نصيب العاني قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل أن يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلا ويحتمل أن يكون نصفه (٣٦٨) في ملك نفسه ونصفه في نصيب العاني فينقلب نصف هذا النصف وهو

الربع مالا فلما احتمل هذا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير والتعويل على المسموع في فصل (١) لما فرغ من بيان أحكام جنابة العبد شرع في بيان أحكام الجنابة على العبد وقد قدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية (ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم الاعشرة وفي الامه اذا زادت قيمته على الدية قضى لها بخمسة آلاف الاعشرة قال المصنف (لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له) أقول قال العلامة الاتقاني فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في الكل فيكون

لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا احد ههما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فيكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبك أو اقتصد بربع الدية وله ما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه واهذا اتقضى منه دينه وتنفذه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا يخلفه الورثة فيه (فصل ١) (ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف الاعشرة وفي الامه اذا زادت قيمته على الدية خمسة آلاف الاعشرة) لان حق ولي العبد كان في جميع الرقة فاذا عفا احد هما بطل حقه وفرغ النصف فيعلق حق ولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطأ والساكت من ولي العبد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضولين ولا يخيى حنيفة رجه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارض الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطأ في عشرة وحق شريك العاني في خمسة فيضرب كل واحد منهما بمحصنة كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف رجل وألفان لاخر مات المديون وترك ألفا كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف فكذا ههنا بخلاف بيع الفضولي لأن الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء الى هذا أشار الامام قاضيان والهبوبي في الجامع الصغير الى هنا كلامه واقفى أثره في هذا الشرح والبيان صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لان المصنف صرح في أوائل هذا الباب بان الواجب الأصلي في جنابة المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محمل الواجب وان كان للمولى حق النقل الى القداء كما في مال الزكاة وصرح به أيضا عامة الفقهاء في كتبهم فامعني بناء قول أي حنيفة في هذه المسئلة على أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارض وهذا لا يقتضي هذا أن يكون الواجب الأصلي في جنابة المملوك هو القداء دون دفع عين العبد ثم ان قول المصنف في بيان طريقة أي حنيفة رجه الله ههنا لان الحق تعلق بالرقبة ينسحق ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول أي حنيفة رجه الله في هذه المسئلة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة (فصل في الجنابة على العبد) لما فرغ من بيان أحكام جنابة العبد شرع في بيان أحكام الجنابة

وهذا نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فيكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يدفع نصف نصيبك أو اقتصد بربع الدية وله ما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه ولهذا يقضى منه دينه وتنفذه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى يستوجب على عبده دينا فلا يخلفه الورثة فيه الى هنا لفظ صاحب الهداية فيها في بعض نسخها ولم يكتب هذه النسخة في أكثر نسخها والحق أن يكتب لانه اذا لم يكتب تخلف في الامم الصغيرة عن الدليل أصلا انتهى وأنت خبير بأن التعليل المذكور يختص بوضع الديات وتبقى مسئلة الجامع الصغير خالية عن التعليل البتة (فصل ومن قتل عبدا خطأ)

(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف) آخره وهو قول الشافعي رحمه الله بحسب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبد قيمته عشرون ألفا وهلك في يده بحسب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما أن الضمان بدل المالمية) وبدل المالمية بالقيمة فالضمان بالقيمة أما أنه بدل المالمية فلا (بحسب لولي وهو لا يملك العبد الا من حيث المالمية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد بقاءه ببقاء المالمية أصلا) ان بقي العين (أوبدلا) ان (٣٦٩) هلك (وصار كقليل القيمة

وكأنه غصب) وأما أنه بدل المالمية بالقيمة فظاهر وهذا كما ترى ترجيح الجانب المالمية على الأدمية لان المالمية واجب الرعاية والرعاية في ذلك أكثر لان المال وان كثرا لا يماثل النفس وبماثل المال (ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله) ووجه الاستدلال ان الله تعالى أوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا (والدية اسم للواجب بمقابلة الأدمية ولان فيه معنى الأدمية حتى كان مكلفا) بلا خلاف (وفيه معنى المالمية) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف (والأدمية أعلاهما) لا محالة (فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) اذ العكس يقضي الى اهدارهما جميعا لان الأدمية أصل لقيام المالمية بها وفي اهدار الأصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم أن الجمع بينهما معتذر بل بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما أوجب

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي بحسب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبد قيمته عشرون ألفا وهلك في يده بحسب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما أن الضمان بدل المالمية ولهذا يجب للولي وهو لا يملك العبد الا من حيث المالمية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد بقاءه ببقاء المالمية أصلا وأبدلا وصار كقليل القيمة وكأنه غصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الأدمية ولان فيه معنى الأدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالمية والأدمية أعلاهما ما فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وماضمان الغصب بمقابلة المالمية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمد او ان لم يكن القصاص بدلا عن المالمية فكذلك أمر الدية

على العبد وقدم الاولى ترجيح الجانب القاعلية كذا في العناية وهو حق الاداء وقال في النهاية وغاية البيان انما قدم حناية العبد على الجناية عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا (أقول) فيه بحث لانه ان اردنا ان ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلا يجوز أن يكون عمر المجني عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل وان اردنا فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو أيضا ممنوع فان المفعولية والفاعلية توحيدها معاني آن واحد وهو أن تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد (قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الأدمية) وجه الاستدلال ان الله تعالى أوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الأدمية كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لو كان الواجب قتل العبد أيضا خطأ هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الأدمية كان ينبغي أن لا تتفاوت ديات العبيد في المقدار فتساووا في الأدمية كما لا تتفاوت ديات الاحرار في القيمة لتساووا في ذلك وان كان بعضهم أشرف من بعض بوجوه شتى مع أن ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل (قوله ولان فيه معنى الأدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالمية والأدمية أعلاهما ما فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولان فيه معنى الأدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالمية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والأدمية أعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يقضي الى اهدارهما جميعا لان الأدمية أصل لقيام المالمية بها وفي اهدار الأصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم أن الجمع بينهما معتذر بل بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما أوجب

(٤٧ - تكمله ثامن) بأن الجمع انما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز اقول به نرى وجهه من الاجماع وقوله (وضمان الغصب) جواب عن قولهما ما كان كالغصب وقوله (وبقاء العقد) جواب عن قوله ما ولو قتل العبد المبيع (قوله لان الأدمية أصل لقيام المالمية بها وفي اهدار الأصل اهدار التابع) أقول منقوض بسورة الغصب فان فيها اهدار الأصل دون التابع

وقوله (وفي قليل القيمة) جواب عن قولهما وصاد قليل القيمة وقوله (بأن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه) وقع في بعض النسخ
 ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما روى عنه لا يبلغ بقيمة العبدية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول أصح لما افتقده لا كثر
 النسخ واعترض بأن ابن مسعود رضي الله عنه معارض بما روى أن عمر وعلياً وابن عمر رضي الله عنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته
 بالغة ما بلغت وأجيب بأن المروي (٣٧٠) عن ابن مسعود رضي الله عنه أرجح لأن فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدى إليه العقل

وليس فيما روى عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولا على أنهم قالوا بالارأى ومثله لا يعارض ما هو معتزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله (لا يزداد على خمسة آلاف الا خمسة) أي لا يزداد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية لأنه ذكر في المبسوط فأما طرف المملوك فقد بينا أن المعتبر فيه المالية لأنه لا يضمّن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الآن محمد أرحمه الله قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي إلى أنه يجب بقطع طرف العبد فوذاً ما يجب بقتله إلى أن قال فلهذا قال لا يزداد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة وقوله (لأن القيمة في العبد كالدية في الحر) يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لأنه يجب في الحر نصف عشر الدية

وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الأدمية لأنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً بخلاف كثير القيمة لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصانها في العبد اظهرها لا بخطا طريقتها وتعين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال (وفي يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خمسة آلاف الا خمسة) لأن البدن من الأدمى نصفه فتعبر بكمه وينقص هذا المقدار اظهرها لا بخطا طريقتها وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدرة من قيمة العبد لأن القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب أمة قيمتها عشرة آلاف الفان في يده فعليه تمام قيمتها ما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والاقتص منه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى الفاطم أرض البدن وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل) وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لأن القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

بأن يعطى لاتلاف احدهما حكم شرعي دون اتلاف الآخر كما فيما نحن فيه فان قتل العبد اتلاف أدمية ومالية معا بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الا أدمية أصلاً وانما الحاصل به اتلاف المالية بازالة اليد المحقة عنه وإثبات البدن المبطل فيه كما أشار إليه المصنف بقوله وضمن الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال حيث لم يوجد فيه اتلاف الا أدمية لم يلزم فيه اهدار الاصل الذي هو الا أدمية فان معنى اهداره ان لا يعطى لاتهلافه حكم شرعي فإذا لم يوجد اتلافه لم يتصور أن ترتب عليه حكم شرعي فمن أين يلزم اهداره تفكر (قوله وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الأدمية لأنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً) أقول فيه اشكال اذ قد تقرر في علم الاصول وشاع في علم الفروع أيضاً أن الرأى والقياس لا يجريان في المقادير بل انما يعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأى من غير سمع وأيضاً ان العبد لا يتفاوتون في نفس الا أدمية لاحتجالة وعن هذا لا يتفاوتون في شيء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الا أدمية كالتكليف بالايمان والصلاة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الا أدمية فيها نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم (قوله وان غصب أمة قيمتها عشرة آلاف الفان في يده فعليه تمام قيمتها) أقول لقائل أن يقول ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبد اقيمة عشرة آلاف الفان في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالايجاع فما وجه الاعادة هنا وتكرار مسئلة واحدة في موضع قريب ليس من باب المصنفين كما لا يخفى ويمكن أن يقال أصل المسئلة ما ذكرهنا فانه المذكور في الجامع الصغير والبداهة والذي ذكره فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد فإين مسئلة قتل العبد خطأ بين مسئلة غصبه في الحكم حيث يجب في الاولى أقل من عشرة آلاف درهم اذ اذادت قيمته على دية الحر عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف والشافعي ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالايجاع وجعل الدليل ثبوت المسئلتين في البيان في موضع واحد (قوله وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لأن القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

(اذ هو) أي القيمة (بدل الدم على ما قررناه) إشارة إلى قوله ولا يبي حنيفة ومحمد رجما الله قوله تعالى ودية مسئلة إلى أهله وقوله (وان غصب أمة) ظاهر قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى) صورة المسئلة ظاهرة وكذا نحرير المذاهب وقوله (في الوجه الاول) يعني فيما إذا كان له ورثة غير المولى وقوله (لاشتباه من له الحق) يعني المستوفى وجهاته تمنع القصاص (قوله ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وفيه الكلام) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى وقيل أي في وجوبه على وجه يستوفي لأعلى أصل الوجوب لانه لا فائدة الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل أي في تعدد الاستيفاء وقيل أي في تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه أن تعدد استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعدد الاستيفاء وقوله (واجتماعهما لا يزيل الاشتباه) جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مشتبه لكن يزيل الاشتباه باجتماعهما ووجهه أن اجتماعهما لا يزيله لان الملك في الحالين مختلف فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت ولا ورثة بالعكس وعند (٣٧١) الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد

منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا (بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لاخر) فان كل واحد منهما لم يفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة قانت لا يبدل فلا عليك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقد رضى الموصى له بالخدمة بقوات حقه فيستوفيه الاخر لوال الاشتباه وقوله (على اعتبار احدى الحاليتين) وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله (فيما يحتاج فيه) يعني في الذي لا يثبت بالشبهات فانه يجوز بهذا عن قال لاخر على ألف من قرض فقال المقر له لابل من غن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع البديل والاباحة فيها فلا يبالى

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعدد الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفي وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان المال كله منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتماع الال اشتباه وتعدد في الخلافة وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحاليتين والورثة بالولاية على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاج فيه كما اذا قال لاخر بعثني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحمل له وطؤها يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه (الخ) واعترض عليه بعض العلماء بانه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما لوضرب الامه الحاملة فاعتق المولى الامه ثم ألقته حيا فأتى الولد بأن المعتبر حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الدية اه أقول ليس هذا بشئ اذ قد صرحوا في بيان تلك المسئلة بأنها اعتبار ما تاتي الضرب والتلف معافا وجبنا القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب وأوجبنا قيمته حيا اعتبارا لحالة التلف وقد مر ذلك في الكتاب وشروحه مفصلا في أو اخر فصل الجنين فكان ذلك البعض حفظ بعض ما ذكره هناك ونسي بعضه فزعم أن المعتبر هناك حالة الضرب فقط (قوله وفيه الكلام) قال صاحب النهاية أي الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة سوى المولى وقال ووصل شيخني بخطه الضمير في وفيه الى وتعدد الاستيفاء لكن ما لذلك الى ما قلنا اه وقال صاحب الكفاية قوله وفيه الكلام أي في وجوبه على وجه يستوفي ولا كلام في أصل الوجوب لان الوجوب لا فائدة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره اه وقال صاحب الغاية قوله وفيه الكلام أي كلامنا في تحقق اشتباه من له حق استيفاء القصاص يعني ان تعدد استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعدد الاستيفاء اه واختار صاحب العناية من بين تلك الاقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام أي وفيما اذا كان له ورثة غير المولى ونقل سائر الاقوال بقوله وقيل وقيل وقيل أقول ما ذهب اليه صاحب النهاية في تفسير مراد المصنف هنا واختاره صاحب العناية ليس بشئ عندى لان المصنف بعد ان قال فيما قبل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول مراد به ما اذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح فاطبة كيف يحتاج هنالى أن يقول والكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وهلا يكون هذا القوام من الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة وأما ما ذهب اليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يتخلو كل منهما عن الركاكة بل عن اللغوية أيضا كما يدر كه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هنا ما ذهب اليه صاحب الكفاية اذ ينظم المعنى حينئذ جدا ويتعلق الكلام بقربه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى (قوله فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاج فيه) قال جمهور الشراح في تفسير ما يحتاج فيه أي الذي

باختلاف السبب كذا في الشروح وفيه نظر فان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك والاولى أن يفسر ما يحتاج فيه بالدماء والقروح فانه استشهد بعدة بحمل الوطء وهو عما يثبت بالشبهات أو يفسر بالذي لا يجري فيه البديل (قوله والاموال ليست كذلك) أقول فيه بحث بل هي كذلك الا يرى أن ما يثبت بشهادة رجل وامرأتين على ما مر تفصيله ولعل الشبهة انما نشأت من اشتباه الشبهة بالشك فانها لا تثبت بالثاني دون الاول فتأمل (قوله فانه استشهد بعدة بحمل الوطء) أقول أي بعدم حمل الوطء فالخلاف مقدر (قوله وما يثبت بالشبهات) أقول لفظه ما نافية

وهو راجع الى الاول وقوله (ولان الاعتاق قاطع السراية) دليل آخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص
الآثرى أن من جرح عبد انسان (٣٧٣) ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا

القيمة وانما يضمن النقصان
فان كان خطافا لاتفاق
وان كان عمدا فعند محمد
رجحه الله لان الدليل وهو
مخالفة النهاية للبداية
لا يفصل بينهما وبانقطاعهما
يسبق الجرح بلا سراية
والسراية بلا قطع فيمتنع
القصاص كانه تلف باقعة
سماوية فان قيل ينبغي
أن يجب ارض السيد للمولى
لكونه جرحا بلا سراية
أجيب بأنه لا يجب نظرا الى
حقيقة الجناية وهو القتل
لانه اذا سري تبين أن الجناية
قتل لا قطع (ولهما أنا تبينا)
ثبوت ولاية الاستيفاء في
العبد للمولى فيستوفيه (لان
القضى له) وهو المولى (معلوم
والحكم) وهو استيفاء
القصاص (متحد فوجب
القول بنبوت الاستيفاء
بخلاف الفصل الاول)
يعنى ماذا كان له ورثة غير
المولى حيث لم يجب القصاص
بالاتفاق (لان المقضى له
مجهول) لاننا لو اعتبرنا حالة
الجرح كان المقضى له هو
المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان
الورثة (ولامعتبر باختلاف
السبب هنا) أى في الفصل
الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد
ورثة سوى المولى في العبد

ولان الاعتاق قاطع السراية وبانقطاعها يسبق الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص
ولهما أنا تبينا بنبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول
بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضى له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم
لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك الميراث يغير ملك النكاح حكما

لا يثبت بالشبهات وقالوا فانه يحتز به هذا عن قال لا خلاك على ألف من فرض فقال المقر له بل من عن
مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيها البدل والاباحة
فلا يبالى باختلاف السبب اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح فيه نظر لان الاحتراز
بالذى لا يثبت بالشبهات انما يكون مما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك اه أقول هذا النظر
ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات ألا يرى الى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من
ان في شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات من الحدود
والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت أو غير مال ثم قال صاحب العناية والاولى
أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات اه
أقول فيه خلل أما أولا فلا ن المصنف ما استشهد بعده بحل الوطء وانما استشهد بعدم حله كما ترى وأما
ثانيا فلا ن حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعا نعم لا يجب الحد بالوطء بشبه الملك أو شبهة المحل
لكن لا يحل الوطء بشئ من ذلك كما عرف في كتاب الحدود فان وجه الخلل الاول بتقدير المضاف بأن
يكون الاصل بعدم حل الوطء يبقى الخلل الثاني بلا تحمل توجيه ثم ان بعض الفضلاء قال في نقل عبارة
العناية وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لفظه ما نافية أقول نسخ العناية
التي رأيناها لا توافق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يرتفع الاشكال عن كلام صاحب العناية هنا
لانه افسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج جازم أن يحتز به عن الاموال بالضرورة لانه ليست من
الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة العناية فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات
وكان لفظه ما نافية لزم أن يرد عليه مثل النظر الذى أورده على سائر الشروح بأن يقال الاموال أيضا
لا تثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به فامعنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء
والفروج فيلزم أن يكون ماعدا أولى مشترك الا لزام تأمل تنهم (قوله ولان الاعتاق قاطع السراية
وبانقطاعها يسبق الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص) هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله
تعالى وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص ألا يرى أن من جرح عبد
انسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن
النقصان فان كان خطافا لاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رحمه الله تعالى لان الدليل وهو مخالفة
النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعهما يسبق الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص
كانه تلف باقعة سماوية كذا في العناية وكثير من الشروح وقال في العناية بعد ذلك فان قيل ينبغي
أن يجب ارض السيد للمولى لكونه جرحا بلا سراية أجيب بأنه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل
لانه اذا سري تبين له ان الجناية قتل لا قطع اه أقول فيه بحث وهو انه ان اراد بقوله في السؤال ينبغي
أن يجب ارض السيد للمولى أنه ينبغي أن يجب ذلك في مسئلة الكتاب كما هو الظاهر من قوله ارض البددون

ولان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعنى
المستشهد بها بقوله كما اذا قال لا آخر يعنى هذه الجارية الخ فان الحكم فيها يختلف (لان ملك الميراث يغير ملك النكاح حكما) لان ملك
النكاح يثبت الحل مقصودا وملك الميراث قد لا يثبت ولو أثبت لم يكن مقصودا واختلف الحكم كما اختلف السبب

وقوله (والاعتناق لا يقطع السراية) جواب عن قوله ولأن الاعتناق قاطع للسراية ومعناه الاعتناق قاطع للسراية في صورة الخطادون العمد وذلك لأنه لا يقطع السراية (لذاته بل لاشتباهاً من له الحق وذلك في الخطادون العمد لا يصلح مال كالمال) فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق (وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حريته فتعفى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه) فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق (٣٧٣)

سواء فلا اشتباه فيمن له الحق

والخاص من هذا كله ان صور من قطع يد عبيد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا تزيد على أربع لأنه إما ان قطع عمداً أو خطأ فإن كان الأول فإما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن فإن كان يقطع الاعتناق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله وان كان الثاني فالاعتناق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أو لم يكن فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر قال (ومن قال لعبدية أحد كما حرّم شجاء) اذا قال لعبدية أحد كما حرّم شجاء فأوقع العتق على أحدهما أي بين ذلك الميهم بالمتعين في أحدهما وانما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الارس معناه وان كان ظهروا وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل فإنه اذا قال أحد كما

والاعتناق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباهاً من له الحق وذلك في الخطادون العمد لا يصلح مال كالمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حريته فتعفى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذا وارث له سواء فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب أرش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتناق كما ذكرنا لأنه حصل على ملكه وبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول للجواب عند محمد في الثاني قال (ومن قال لعبدية أحد كما حرّم شجاء فأوقع العتق على أحدهما فأرشه ما للمولى) لان العتق غير نازل في المعين والشبهة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشبهة (ولو قتلها رجل نجب دية حر وقيمة عبيد) والفرق أن البيان انشاء من وجهه واطهار من وجهه على ما عرف أن يقول أرض الجرح فلا ورود للسؤال المذكور أصلاً اذ يجب أرش اليد للمولى عند محمد في مسألة الكتاب على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بأنه ينبغي على مقتضاه أن يجب أرش اليد للمولى وان أراد به أنه ينبغي أن يجب ذلك في المسئلة التي ذكرناها على سبيل التنوير وهي ان من جرح عبداً انساناً ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فلا سؤال المذكور ورود ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسئلة الكتاب فإنه يجري فيها أيضاً مع أنه يجب فيها أرش اليد عند محمد كما تحققته تدبر (قوله وذلك في الخطادون العمد لا يصلح مال كالمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حريته فجاء الاشتباه) أقول في هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت لأنه لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان من له الحق في المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه الا يرى الى قول المصنف في صورة العمد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه اذا وارث له سواء فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقق الاشتباه المقضى لقطع الاعتناق السراية واتحاده بالنظر الى الانتهاء والمال غير مفيد في دفع ذلك بوجه الاشكال على صورة العمد فان حق القصاص في هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد مبقى على أصل الحرية في حق القصاص كما صرحوا به للمولى على اعتبار حالة الموت بناء على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير أن ينتقل اليه بطريق الوراثة كما في الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لأنه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من أهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته على ما تقرر كله في أول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنائيات فيلزم اشتباهاً من له الحق ابتداء في صورة العمد أيضاً على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطا والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على أصله فلا يتم التقريب على قوله في مسئلتنا فليتنامل في الدفع

حرفات أحدهما أو قتل تعين العتق لا آخر (فأرشه للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشبهة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشبهة) فيكون أرشه للمالك (ولو قتلها رجل نجب دية حر وقيمة عبيد) لا قيمة عبيدين ولا دية حرين (والفرق ان البيان وهو تعيين العتق الميهم في أحدهما انشاء من وجهه اظهار من وجهه على ما عرف) في أصول الفقه أن البيان انشاء من وجهه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح واطهار من وجهه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من وجهه لما أجبر عليه اذا المرء لا يجبر على انشاء العتق

والعبد (بعد الشجة محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محله فاعتبرناه اظهارا محضاً واحدهما حريقتين فوجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل) والاصل في هذا أن القاتل إما أن يكون واحداً أو اثنين فإن كان واحداً فأما أن قتلهم معاً أو متعاقباً فإن كان الأول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فإن لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وإن كانت فكل واحد منهما يجب دية في حال وقيمته في حال ويقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان وأما اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لا نتيقن أنه قتل عبد او حر او قتل الحر بوجوب الدية وليس أحدهما أولى من الآخر فإلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وإن كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الأول فكان على القاتل قيمة الأول للمولى ودية الثاني للورثة وإن كان القاتل اثنين فأما ان قتل معاً أو متعاقباً فإن كان الأول كان على كل واحد منهما قيمة عبدان كل واحد (٣٧٤) من القاتلين انما قتل أحدهما بعينه والعنف في حق العين كانه غير نازل

وانما هو نازل في المنكر ولا نتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك للمولى أو لورثتهما وقيل هذا والأول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة فإن العتق في حق المولى نابت في أحدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين وإن لم يدايها قتل أو لا فالحكم كذلك وإن كان الثاني فعلى القاتل الأول قيمته لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته لأن العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره المصنف رحمه الله فيما اذا كان قتلهم معاً معاً سواء كان

وبعد الشجة بقي محلاً للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان فاعتبرناه اظهاراً محضاً واحدهما حريقتين فوجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث يجب قيمة المملوكين لأننا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حراً وكل منهما مملوك ذلك ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لأنه لا يفيد فائدة وانما يحصنها ضرورة صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيقتدر بقتل الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوك كافي حقها قال (ومن فقاء عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ولا شيء له من نقصان عند أي حنيفة وقالان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته) وقال الشافعي يضمه كل القيمة ويمسك الجنة لأنه يجعل الضمان مقابلاً بالقاتل فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدي يديه أو فقاء احدي عينيه ونحن نقول ان المألية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر اعليه

(قوله وبعد الشجة بقي محلاً للبيان فاعتبر انشاء في حقهما) أقول لقاتل أن يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة أن يقال فاعتبر انشاء في حق من أوقع العتق عليه وهو أحدهما المتعين بالبيان فتأمل في التوجيه (قوله ونحن نقول ان المألية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر اعليه) قال جمهور الشراح في حل هذا المقام يعني ان المألية معتبرة في حق الاطراف كما انهم معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المألية في حق الذات قصر اعليه أي لأن اعتبار المألية في حق الذات مقتصر عليه ساقط بالاجماع يعني لم يقتصر اعتبار المألية على الذات فسبب بل اعتبرت في حق الذات والاطراف جميعاً هذا ما قلناه (أقول) فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف هنا منافي لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدر هذا الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى حيث قال ولان فيه أي في العبد معنى الأدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المألية والأدمية اعلاهما فيجب اعتبارها بأحد الادنى عند تعدد الجمع بينهما اهـ فان مدلول

القاتل واحداً أو اثنين وقوله (ولان القياس) معطوف على أن في قوله والفرق أن البيان انشاء ووجهه أن اذا القياس (بأن ثبوت العتق في المجهول) لأنه لا يفيد فائدة العتق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع (وانما يحصنها ضرورة صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم) بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه (فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس) لأنها محل العتق (دون الاطراف) لأنه ان حلها حل تبعاً فيبقى العبد مملوك كافي حق الاطراف على أصل القياس قال (ومن فقاء عيني مملوك) هذه المسئلة تسمى مسئلة الجنة المبيعة وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي رحمه الله كذلك وقاس على ما اذا قطع يدي حر أو مدبر وعلى ما اذا قطع احدي يديه وفقاً احدي عينيه ونحن نقول ان المألية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات أي جميع البدن وحده مقتصر اعليه ساقط بالاجماع فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولا نأبى باعتبار المألية فيها لأنها سلكها مسلك الاموال (قوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف) أقول فيه بحث

واذا كانت معتبرة في الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وقواتها بقواتها (٣٧٥) بقوات الذات فكان اتلاف الاطراف

واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجهه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يمتلك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمأثلة بخلاف ما إذا فتن أعينى حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفق احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا ووجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كإلى سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه وفي الاطراف أيضا ألا ترى ان عبد الوقطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الأدمية لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الأولى أن لا ينقسم على الاجزاء ولا يمتلك الجثة

ما قاله هناك ان المالية التي هي أدنى من الأدمية مهذرة في حق ذات العبد لانه عذر الجميع بينها وبين الأدمية وانما الاعتبار فيه هي الأدمية عند أبي حنيفة ومحمد ورجعهم الله ومبدل كل ما به هنا على المعنى المذكور ان المالية معتبرة في حق ذات العبد وأطرافه جميعا عند أئمتنا فيمنع ما تدافع لا يخفى ثم ان صاحب العناية من بين هؤلاء الجهور وقال في تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات أى في جميع البدن وحده مقتصر عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف اه (أقول) فيه خلل زائد أما أولا فلا يفسر الذات بجميع البدن وليس يصحح لان جميع البدن من الاطراف قال في الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم نجعل بيدك قابلا يجسد لارواح فيه اه وانما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس واتلافها بازالة الروح وأما ثانيا فلا يعلل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس يسد ذلك ان يجب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الاطراف لجواز أن يكون إيجابه إياه لا أدمية كافي الحرتدبر وقال تاج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف هنا يعني ان اعتبار المالية في الاطراف لا في الذات لانها تسلك مسلك الاموال ولهذا لا يتحملها العاقلة وفسر الذات في قول المصنف المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال أى في العبد وقال في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر اعليه يعني ان سقوط اعتبار المالية مقتصر في النفس لا في الاطراف ووجوب الضمان بدل الأدمية لا بدل المالية ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فتكون المالية في العبد باعتبار الاطراف اه (أقول) هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف في تعليل المسئلة المارة في صدر الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد ورجعهم الله وان كان في استفادته من عبارة المصنف ههنا عمل كثير كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هناك من قبل أبي يوسف وكلامه ههنا مسوق لا قامة الحجة على الشافعي من قبل أئمتنا جميعا ولهذا قال ونحن نقول فلا بد أن يطابق لاصلهم جميعا وقد فات ذلك وبالجملة ان كلام المصنف رحمه الله ههنا ليس بخال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن واعمل صاحب الكافي تفطن له حيث ترك أسلوب تقرير المصنف هنا وسلك مسلكا آخر في التقرير والبيان مع كونه عادة أن يقتضي أثر المصنف في وضع المسائل وتقرير الدلائل (قوله وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه وفي الاطراف أيضا) أقول الظاهر من هذا البيان أن المالية والأدمية معتبران معا في ذات العبد أى نفسه وأطرافه أيضا

كان اتلاف الذات من وجهه بتفويت جنس المنفعة (وقد وجد اتلاف النفس من وجهه بتفويت جنس المنفعة) فيجب الضمان (والضمان يتقدر بقيمة الكل) وأداء قيمة الكل يقتضى (غلك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمأثلة بخلاف ما إذا فتن أعينى حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفق احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة) حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس * ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي رحمه الله شرع في الاستدلال لبعض أصحابنا رحمه الله فقال (ولهما) أى لابي يوسف ومحمد ورجعهم الله (أن معنى المالية لما كان معتبرا ووجب أن يتخير المولى على الوجه الذي ذكرناه) وهو قوله وقال ان شاء أمسك العبد الخ وبين الملازمة بقوله (كافي سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه وفي الاطراف أيضا

ألا ترى ان عبد الخ) وهو واضح وقوله (ثم من أحكام الأولى) أى الأدمية (أن لا ينقسم على الاجزاء) أى لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفات من الطرف بل يكون بآراء الفات لا غير كافي فق عيني الحر (ولا يمتلك الجثة)

وقوله (ومن أحكام الثانية) أي المالية (أن ينقسم) أي موجب الجنابة وهو الضمان على الأجزاء والجنبة وتلك الجنبة كما في تحريم الزنوب (فوفرناعلى الشبهين حفظهما من الحكم) يعني بالنظر إلى الأدمية ينبغي أن لا يجب الضمان متوزعاً بل بأداء الفرائض لا غير وبالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع امساك الجنبة كما أنه ليس له ذلك في المال وفيما قال الغاء الجانب الأدمية حيث جعله كالشوب المخروق وفيما قال الشافعي رحمه الله الغاء الجانب المالية أصلاً حيث جعله كحرق عينا فوفرناعلى الشبهين حفظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته نظر إلى المالية وان شاء أمسكه ولا شيء له نظر إلى الأدمية والله أعلم

فصل في جنابة المدبر وأم الولد (٣٧٦) لما ذكر باب جنابة المملوك والجنابة عليه قدم من هو اكمل في

استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة منه في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد غير أن أم الولد أحط رتبة أيضاً من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بحوازي بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى أيضاً لا فونة ولا لحاظ في اسم المملوكية أو جبا تـأخـير ذكـرها عن ذكر المدبر قال (واذا جنى المدبر وأم الولد جنابة ضمن المولى الخ) جنابة المدبر على سببه في ماله دون عاقلة حاله (الماروى أن أباع عبدة ابن الجراح رضى الله عنه قضى بجنابة المدبر على مولاه) وكان أميراً بالشام وقضاياه تظهر بين الصحابة رضى الله عنهم وكان حكمه بمحض من الصحابة ولم ينكره عليه أحد في محل الاجماع (ولانه صار مانعاً من تسليمه) كما ذكره في الكتاب

ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويترك الجنبة فوفرناعلى الشبهين حفظهما من الحكم فصل في جنابة المدبر وأم الولد (واذا جنى المدبر وأم الولد جنابة ضمن المولى الاقل من قيمته ومن أرشها) لما روى عن أبي عبيدة رضى الله عنه أنه قضى بجنابة المدبر على مولاه ولانه صار مانعاً عن تسليمه في الجنابة بالتدبير والاستيلاء من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجنابة وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارض لانه لاحق لولى الجنابة في أكثر من الارض ولا يمنع من المولى في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لا اختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفسد التخيير بين الدفع والفداء (وجنابات المدبر وان نالت لا توجب الاقيمة واحدة) لانه لا يمنع منه الا في رقبة واحدة ولا تدفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يشكر فلهذا كذلك

عند أبي حنيفة رحمه الله وقد مر من المصنف في أول الفصل ان المعتبر في ذات العبد عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله هي الأدمية دون المالية فانهم اهدروا في ذاته عندهم في فصل الجنابة ولهذا زادت قيمته على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهم فكان بين كلاميه في المقامين تدافع اللهم الا أن يحمل قوله هنا ان المالية وان كانت معتبرة في الذات على مجرد القرض فالعنى ان المالية وان فرضت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه لكنه لا يتجاوز عن بعد

فصل في جنابة المدبر وأم الولد والجنابة على كل واحد منهما (لما ذكر باب جنابة المملوك والجنابة عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيه ان الملك اكمل في المدبر وأم الولد دون الرق كاصح حوايه بخلاف المكاتب فانه على العكس اه (أقول) في الجواب عنه من طرف الشراح ان كمال الملك في المدبر وأم الولد بالنسبة إلى المكاتب حيث عاكسهما المولى يدور رقبة بخلاف المكاتب فان مولاه يملكه رقبة لا يبدأ كما عرف في محله لا ينفى في كسبية الملك في العبد فان مولاه كما يملكه يدور رقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه بخلاف المدبر وأم الولد فان مولاه لا يملك التصرف فيه مامن جهة البيع والهبة واشباههما لانهم لا يصلحان ذلك عندنا على ما عرف أيضاً في محله ولا ينبغي أن اكسبية الملك في العبد كافية في تفديعه على المدبر وأم الولد في الذكرك في باب جنابة المملوك والجنابة عليه وقد أفصح عنه عبارة الشراح حيث

ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارض لانه لاحق لولى الجنابة في أكثر من الارض ولا يمنع من المولى في أكثر من القيمة وقوله (ولا يخير بين الاقل والاكثر) واضح

(قوله وفيما قاله الشافعي الغاء الجانب المالية أصلاً حيث جعله كحرق عينا) أقول الشافعي اعتبر المالية فيما اذا قتل العبد خطأ فبالله اعتبره هنا الأدمية

فصل في جنابة المدبر وأم الولد (قوله وهو العبد) أقول الاول وهو القن (قوله ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد) أقول فيه أن الملك اكمل في المدبر وأم الولد دون الرق على ما صرحوا به بخلاف المكاتب فانه على العكس

وقوله (ويتضاربون بالحصاص فيها) أي في القيمة (وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجنابة عليه) قال في النهاية ومن صورته ما ذكره في الميسر قال وإذا قتل المذبح رجلا خطأ وقيمه ألف درهم ثم زادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه الأقدارهم لأنه جنى على الثاني وقيمه ألفان ولولم يكن منه إلا تلك الجنابة لكان المولى ضامنا لقيمه ألفين ثم ألف من هذا لولي القتل الأوسط خاصة لأن لولي الأول انما ثبتت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم فلا حق له في الألف الثانية فيسلم ذلك لولي القتل الأوسط وخمسمائة من الألف الأولى بين ولي القتل الأول وبين الأوسط لأنه لاحق في هذه الخمسمائة لولي القتل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الأوسط والأول يضرب فيها الأول بعشرة آلاف والأوسط بنسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه ألف والخمسمائة الباقية بينهم (٣٧٧) جميعا يضرب فيها الألف آخر بعشرة آلاف لانه ما وصل اليه شيء

ويتضاربون بالحصاص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجنابة عليه لأن المنع في هذا الوقت ينحصر قال (فإن جنى جنابة أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الأول بقضاء فلا شيء عليه) لانه مجبور على الدفع قال (وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجنابة وهذا عند أبي حنيفة وقال لا شيء على المولى) لانه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما إذا دفع بالقضاء ولا شيء عليه ان المولى جان بدفع حق ولي الجنابة الثانية طوعا وولي الأول ضامن بقضاء حقه ظلما فيخير وهذا لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الأولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجنابة الثانية في حقه جعلت للمقارنة في حق التضمن لا بطلاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين

قالوا قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد تبصر (قوله عملا بالشبهين) قال جمهور الشراح يعني لما علمنا بشبه التأخر في ضمان الجنابة حتى اعتبرنا قيمته يوم الجنابة الثانية في حقهما وجب أن نعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع اهـ (أقول) فيه نظر إذ للغصم أن يقول قد تحقق العمل بشبه المقارنة في حق تشارك ولي الجنابة الثانية لولي الجنابة الأولى إذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولي الجنابة الأولى خاصة لتقدمه في استحقاقه المدفوع على ولي الجنابة الثانية حقيقة وكما لو كان لما جعلنا الثانية مقارنة للأولى حكما علمنا بشبه المقارنة فنكرنا ولي الثانية لولي الأولى كإدلال عليه قول المصنف لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الأولى فإذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج إلى العمل بشبههما مرة أخرى بتضمن بعض المدفوع لولي وقال صاحب الغاية في بيان معنى المقام جعلت الثانية للمقارنة في حق التضمن إذا وقع بغير قضاء لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل للمقارنة إذا وقع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملا بشبه المقارنة والتأخر اهـ وقد نذر له صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر المعنى الأول ولم يتعرض له بشيء (أقول) فيه خلل لأن العمل بالشبهين أمر واجب مهما أمكن على ما عرفت في موضعه فلما أمكن العمل بهما في صورة واحدة مما نحن فيه وهي ما إذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير في اعتبار العمل بهما إلى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعل ذلك القائل وانما كان يصح

من حقه ويضرب الأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الأوسط لا يضرب بما أخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فتقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله (فلا شيء عليه) أي على المولى لانه ما لزمه أكثر من قيمة واحدة بحكم بانه وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شيء وقوله (وان دفع قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار) أي فولي الجنابة الثانية بالخيار (ان شاء اتبع المولى) بنصف قيمته في ذمته ثم يرجع المولى على الأول لأنه تين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه (وان شاء اتبع ولي الجنابة الأولى) وهذا عند أبي حنيفة رجه الله وقال لا شيء على المولى

(٤٨ - تسكمه ثامن) لانه ليس بحاج في الدفع (لانه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة وقد دفع كل

الحق إلى مستحقه فصار كما إذا دفع بالقضاء) لانه فعل بنفسه عين ما أمره القاضي لورفع اليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كافي الرجوع في الهبة ولأبي حنيفة رجه الله أن كل واحد من الدافع والقابض جان أما الدافع وهو المولى فلا نه دفع حق ولي الجنابة الثانية طوعا وأما القابض وهو ولي الجنابة الأولى فيقبض حق ولي الثانية ظالما والرجوع على الجاني جائز فيخير في الرجوع وبين ذلك بقوله (وهذا لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الأولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجنابة الثانية في حقهما فجعلت الثانية للمقارنة للأولى في حق التضمن لا بطلاله) أي إبطال المولى (ما تعلق به من حق ولي الجنابة الثانية) وذلك لأنه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في حق أولياء الجنابتين سواء فجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنابتين جميعا وهناك لودفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان لا آخر الخيار فكذلك ههنا وقوله (عملا بالشبهين)

يعني لما علمنا بنسبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها واجب أن يعمل بنسبه المقارنة في حق تضمن نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمن اذا دفع غير قضاء لانه أبطل ما يتعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع مما يشبهه المقارنة والتأخر وقوله (واذا أعتق المولى المدبر الخ) واضح

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

لماذا كرحكم المدبر في الجناية (٣٧٨) ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به قال (ومن قطع

(واذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنائيات لم تلزمه الاقيمة واحدة) لان الضمان انما واجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة (وأما الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا) لان الاستيلاء دمانع من الدفع كالسدوير (واذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه شيء عتق أو لم يعتق) لان موجب جناية الخطأ على سيده وإقراره لا ينفذ على السيد والله أعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب مات من ذلك في يد الغاصب لاشئ عليه) والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأفقه سماوية فيجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني ذلك لولم يتصور العمل بهما في صورة واحدة بل كان اعتباره موقوفاً على مجموع الصورتين وليس فليس ثم انه يرد عليه أيضاً أن يقال يتحقق العمل بالشبهين بأن تجعل الثانية كالمقارنة للأولى في حق تشريك ولي الثانية لولي الأولى وان تجعل متأخرة عنها من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجناية فلم يقتض العمل بهما ماهو المطلوب هنا كالايجز

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال في النهاية لماذا كرحكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به اه واقفي أثره صاحب العناية (أقول) فيه قصور وفقر أو أفلأ ن وجهه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعاً على هذا التوجيه وأما نافية فلا ن ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجناية عليه أو الجناية منه فكان من حكم المدبر في الجناية فامعنى قوله لماذا كرحكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وأما نافية فلا ن الصبي ليس يلحق بالمدبر في حكمه المذكور في هذا الباب كالايجز على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز أن يعتد ملحقاً بالمدبر بل بالعبد في كونه محجوراً عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لماذا كرحكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما يرد عليهم وما يرد منهم ما ذكر حكم من يلحق بهما اه (أقول) وقع فيه تدارك دفع المحذور الأول من المحذورات الواردة على تقرير صاحبي النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الآخرين منها وادرس عليه أيضاً كما ترى وقال في غاية البيان لماذا كرحم الجناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنائيات ماع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جرح كلامه الى بيان حكم غصب الصبي اه وتبعه العيني (أقول) هذا أشبه الوجوه المذكورة وان أمكن التقريب بأحسن منه تدبر (قوله والفرق أن الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأفقه سماوية الخ)

يد عبده ثم غصبه رجل) ذكر في هذه المسئلة ان غصب العبد بعد أن قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها و يفرق بينهما (بأن الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأفقه سماوية فيجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني

(قوله واجب أن يعمل بنسبه المقارنة) أقول قد علم له في حق تشريك لولي الجناية الأولى ثم الأولى تبدل النصف ببعض

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

(قوله ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً) أقول هذا الفرق مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لا اختلاف المستحقين والغصب ليس

بسبب الملك وصفوا الغاصب لايملك الابداء الضمان ضرورة كى لا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد فكانت ملك المولى البدل ولم يوجد تحقيقه لان معنى قولهم بقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدر الأنا ينسب ذلك الى غير الجاني كذا في شرح الزيلعي وفيه أن المراد بقطع السراية ليس ماهو المعروف بل أن لا يجعل الهلاك مضافاً الى قطع المولى فيبرأ الغاصب عن الضمان فانه يجعل في حق الغاصب كأنه مات بأفقه سماوية فيضمن فليست أمثل

فكانت السراية مضافة الى البداهة فصار المولى متلفا فيصير مستردا) وكيف لا يكون مستردا (وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان) واعترض الامام قاضيان بأن هذا يخالف مذهبا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضالا ان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب أما قبله فلا قال نص عليه في آخر رهن الجامع الثاني من جناباته الا انه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله وبد الغاصب ثابتة على المصوب حقيقة وحكاو بد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة (٣٧٩) لان بعد الغصب لم تثبت يده

على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فنقرر عليه الضمان وفيه نظر لا نالنا سلم أن بد الغاصب عليه ثابتة حكما فان بد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد بدان حكمتان بكالهما والبد الحقيقة واجبة الرفع لكونها عبدا وانما لا تصلح معارضا ولا مبرحا وقوله (واذا غصب العبد المحجور عليه) واضح وقوله (مؤاخذ بانعاله) يعني في حال رقه وأما في أقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله (ومن غصب مدبرا) واضح وقوله (من غير أن يصير مختارا للفداء) لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجنابة

فكانت السراية مضافة الى البداهة فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وان استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال (واذا غصب العبد المحجور عليه عبد المحجور راعيه فبات في يده فهو ضامن) لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله قال (ومن غصب مدبرا جنى عنده جنابة ثم رده على المولى فجنى عنده جنابة أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لان المولى بالتدبير السابق أجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حتى أولياء الجنابة ادحقهم فيه ولم يمنع الارقية واحدة فلا يراد على قيمته ويكون بين ولي الجنابة وبين نصفين لاستوائهم ما في الموجب قال (و يرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لانه استحق نصف البدل بسبب كان في بد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال (و يدفعه الى ولي الجنابة الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ورجعهما الله

واعترض الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك الا أن هذا يخالف مذهبا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضالا ان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب وأما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جناباته الا انه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله وبد الغاصب ثابتة على المصوب حقيقة وحكاو بد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فنقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلام قاضيان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشيء وأما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضيان أو رد على ما اختاره من التعليل نظر احيث قال وفيه نظر لا نالنا سلم ان بد الغاصب عليه ثابتة حكما فان بد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد بدان حكمتان بكالهما والبد الحقيقة واجبة الرفع لكونها عبدا وانما لا تصلح معارضا ولا مبرحا انتهى (أقول) نظره ساقط اذ لا وجه لمنع ثبوت بد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت البد على الشيء حكما أن يرتب على تلك البدل حكم من الاحكام وقد ترتب على بد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع

نحدث من المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الماني من غير علم بجنابته فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله (فصير) ظاهر وقوله (فصار كما اذا استحق نصف العبد بدمه) أي بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبد اغني في يده فرد الى المولى فجنى جنابة فدفع الى ولي الجنابةين كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله (و يدفعه) أي النصف المأخوذ من الغاصب (الى ولي الجنابة الاولى ثم يرجع بذلك) أي بالدفع الى ولي الجنابة (على الغاصب وهذا) أي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني (عند أبي حنيفة وأبي يوسف ورجعهما الله)

(قوله لان السراية انما تنقطع به) أقول ضمير به راجع الى الغصب (قوله ولا يثبت على الشيء الواحد بدان حكمتان) أقول قال عليه الصلاة والسلام على البعير أخذت حتى ترد

وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له (أي بنصف قيمته فيسلم له) أي لا يدفعه إلى ولي الجنابة الأولى (لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجنابة الأولى فلا يدفعه إليه لئلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد ولئلا يشكر الاستحقاق) والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه إلى ولي الجنابة الأولى عوضاً عما أخذه ولي الجنابة الثانية دون الأولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد (ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وإنما انتقص حقه بمزاجه الثاني فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فأرغاه أخذه تماماً لحقه وإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب) واعتراض بأن الثانية مقارنة للأولى فكيف يكون حق الأول في جميع القيمة والجواب أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمن لا غير الأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موزجها فلا يمنع بلامانع

وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له (لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجنابة الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يشكر الاستحقاق) وله ما أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وإنما انتقص باعتبار مزاجه الثاني فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فأرغاه أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب وأما سند منه فليس يتم أيضاً إذا لم يرد في أن يثبت على الشيء الواحد بدان حكمه بمان بكما له ما من جهتين مختلفتين وهما كذلك فإن ثبوت بدل المولى على العبد المغصوب منه حكماً باعتبار سرية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت بدل الغاصب عليه حكماً باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلقت الجهتان (قوله) وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له (لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجنابة الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد) قال تاج الشريعة جواباً عنه من قبل الامامين وهما يقولان ليس هذا عوض ما أخذه ولي الجنابة الأولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد بل هو عوض ما أخذه ولي الجنابة الثانية فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد اهـ (أقول) فيه نظر لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن يكون عوض ما أخذه ولي الجنابة الثانية والجنابة الثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب فأنى يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوضاً عما دفعه إلى ولي الجنابة التي صدرت من ماله حال كونه في يده والعهد في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كالأرب في حقه وعن هذا فرق محمد بين هذه المسئلة وبين المسئلة الآتية التي هي عكس هذه المسئلة حيث وافق الامامين هناك كما سطر عليه وقال صاحب العناية والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه إلى ولي الجنابة الأولى عوضاً عما أخذه ولي الجنابة الثانية دون الأولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد اهـ (أقول) هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة الآن في تقريره مسأغ التخلص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع إلى ولي الجنابة الأولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم ثم أن الاظهر في الجواب عما قاله محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره بهو الشراح وعزاه صاحب العناية إلى الامام قاضيان حيث قال وجوابه ما قاله نضر الدين قاضيان أن ما أخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع إلى ولي الجنابة الأولى من العبد فيما بين المولى والغاصب وأما في حق ولي الجنابة الأولى فلا يعتبر بدلاً عن العبد بل يعتبر بدلاً عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلاً عن عين في حق انسان ويكون بدلاً عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني إذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز أن يكون المأخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا ههنا اهـ (قوله) وله ما أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وإنما انتقص باعتبار مزاجه الثاني الخ) قال في العناية واعتراض بأن الثانية مقارنة للأولى حكماً فكيف يكون حق الأول في جميع القيمة والجواب أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمن لا غير الأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موزجها فلا يمنع بلامانع اهـ (أقول) في الجواب بحث لا نالنا لم أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمن لا غير بل جعلت حكماً أيضاً في حق مشاركة ولي الجنابة الثانية لولي الجنابة الأولى كما أرشد إليه قول المصنف في الفصل السابق لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الثانية الأولى اهـ فإذا جعلت المقارنة حكماً في حق مشاركة ولي الجنابة الثانية أيضاً كان ولي الجنابة الثانية من أجل ولي الجنابة الأولى في استحقاقه جميع القيمة فكيف يأخذ ولي الجنابة الأولى وحده كل القيمة مع مزاجه ولي الثانية له في استحقاقه أياه وإن كان الاعتبار لقدم الأولى حقيقة دون المقارنة الحكيمة ينبغي أن لا يستحق ولي الثانية شيئاً من قيمة المدبر وليس الأمر كذلك

قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل) هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق
لمحمد رجه الله بينهما وبين المسئلة المتقدمة أنه متى دفع نصف المقبوض من الغاصب (٣٨١) الى ولي الجناية الاولى لم يؤدى الى

الجمع بين البديل والبديل
لانهما كانت الجناية الاولى
عند المولى كان ما اخذه
المولى من الغاصب بدلا عما
دفع الى ولي الجناية الثانية
دون الاولى لان الثانية هي
الموجودة عند الغاصب
واذا لم يكن بدلا عما دفع
اليه لا يلزم بالدفع جمع بين
البديل والمبدل وقوله (ثم
وضع) يعنى أن محمد رجه
الله وضع في الجامع الصغير
هذه المسئلة في العبد بعد
ما وضعها في المدر وكلامه
فيه واضح وقوله (ومن
غصب مدبرا فعنى عنده
جناية) كذلك وقوله (ثم
قبل هذه المسئلة على
الاختلاف) يعنى قال بعض
المشايخ رجه الله في هذه
المسئلة خلاف محمد رجه الله
أيضا كما في المسئلة الاولى
حتى يسلم للمولى ما رجع
به من القيمة على الغاصب
ولا يأخذ ولي الجناية
الاولى ما بقي من حقه وقيل
على الاتفاق وبأخذ ولي
الجناية الاولى تمام حقه
وهو نصف القيمة من المولى
اذا رجع على الغاصب قبل
وهذا هو الصحيح لان محمد
رجه الله ذكر هذه المسئلة
في الجامع الصغير بدلا
خلاف وكذا قرر من غير
الاسلام رجه الله وغيره

قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فعنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما
نصفان ويرجع نصف القيمة على الغاصب) لما بينا في الفصل الاول غير أن استحقاق النصف حصل
بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فبدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب
وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال (ومن غصب عبدا فعنى في يده ثم رده فعنى جناية أخرى
فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب نصف القيمة فبدفعه الى الاول ويرجع
به على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وقال محمد رجه الله يرجع بنصف القيمة
فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فعنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فبدفعه
الى الاول ولا يرجع به) والجواب في العبد كالجواب في المدر في جميع ما ذكرنا الآن في هذا الفصل يدفع
المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال (ومن غصب مدبرا فعنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه
ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة
واحدة (ثم يرجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب (فبدفع نصفها الى
الاول) لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لاحق لغيره وانما انتقص بحكم المراجعة من
بعد قال (ويرجع به على الغاصب) لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى
ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك
اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد أن في الاول الذي
يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلودفع اليه ثانيا
تسكروا الاستحقاق

بالاجماع فليتا مل في الجواب الشافى (قوله ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق
حق الاول) أقول انقائل أن يقول ان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق رأسا بنصف القيمة لا بكلها
كما هو الظاهر من قوله لانه لاحق له الا في النصف ينبغى أن لا تكون التي وجبت على المولى بين وليي
الجنايتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسئلة بل ينبغى أن يكون بينهما ماثلان لئلا يؤول الى الجناية
الاولى وثلاثة لولي الجناية الثانية لان حق ولي الجناية الاولى قد يتعلق بكل القيمة كما صرح به
المصنف فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير أن يتعلق حق ولي الجناية الثانية
بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق ولي الجناية الاولى فينبغى أن يتضارب في القيمة
بقدر حقه ما فيها اذ قدم في الفصل السابق أن جنايات المدبر اذا توالى لا توجب الاقيمة واحدة
لانه لا منع من المولى الا في رقبة واحدة وأولياء الجنايات يتضاربون بالخصص فيها وان كان حق ولي
الجناية الثانية يتعلق أيضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتزامه فيكون حقه الباقي له نصفها
وكان هذا هو المراد بقول المصنف لاحق له الا في النصف ينبغى أن يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب
ثانيا الى ولي الجناية الثانية لان حقه كان في كل القيمة كولى الجناية الاولى الا أنه سقط نصفها بالتزامه
فلما اندفع التزامه بوصول حق ولي الجناية الاولى اليه بتمامه كان ينبغى أن يعود حق ولي الجناية
الثانية في النصف الساقط بالتزامه اليه حتى ولي الجناية الاولى * ثم أقول يمكن أن يجاب بأن يختار
الشق الثاني ويقال في الفرق بين وليي الجنايتين ان حق الاول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص نصفها
بتزامه الثاني من بعد ذلك ولكن لا يسقط بالكلية وحق الثاني أيضا يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها

في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد رجه الله الى الفرق بين هاتين المسئلتين وقد ذكر في الكتاب لكن

(قوله قبل وهذا هو الصحيح) أقول القائل هو الاتقاني

قوله (فأما في هذه المسئلة فيمكن الخ) فيه نظر فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق لوليه استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب نائبا في مقابلة ما أخذه وقوله (ومن غصب صيداً حراً) أي ذهب به بغير إذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحته وكلامه ظاهر خلا أنه يرد على وجه الاستحسان ما إذا غصب مكاتباً ونقله إلى هذه الأما كن وهلك فإنه لا ضمان والتعدي في التسبب فيه موجود وأجيب بأن المكاتب في بنفسه وإن كان صغيراً فإنه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحرة الكبير والحرة الكبير في بنفسه فكذلك المكاتب وإن كان صغيراً فإن قبل ما حكم الحر الكبير إذا نقل إلى هذه الأما كن تعدى فأصابه شيء من ذلك أجيب بأن حكمه أن يتطران كان الناقل قبله ولم يمكن التجرز عنه ضمن لأن الغصب (٣٨٣) عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وإن لم يمنع من

حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وإن لم يمنع من حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضافاً إلى تقصيره لا إلى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه قال (وإذا أودع صبي عبداً فقتله) كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن أودع عبده بي ما لا نهك في يده لا ضمان عليه بالأجماع وإن استهلكه الصبي فإنه ينظر إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة يضمن بالأجماع وإن كان محجوراً عليه ولكنه قبل الوديعة بأمر وليه ضمن بالأجماع وإن قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه في قول

فأما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه قال (ومن غصب صيداً حراً في يده فجاءه أو بحمي فليس عليه شيء وإن مات من صاعقة أو هتة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لأن الغصب في الحر لا يتحقق إلا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر إذا كان الصغير حراً رقبته وبدأ أولى وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالتلاف وهذا التلاف تسبباً لأنه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق وهذا لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فإذا نقله إليه فهو متعدي فيه وقد زال حفظ المولى فيضاف إليه لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدياً كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاءه أو بحمي لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأما كن حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحي والامراض تقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لتكون قتلاً تسبباً قال (وإذا أودع صبي عبداً فقتله فعلى عاقلة الدية وإن أودع طعاماً فأكله لم يضمن) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه ما لا فاسد له لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الأقراض والإعارة في العبد والعبي وقال محمد في أصل الجامع الصغير صبي قد عطل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثني عشرة سنة وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لأن التسليط غير معتبر وقوله معتبر لهما أنه أنلف ما لا متقوماً معصوماً حالاً مالكة فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً

بالكلية بتزاحم الأول وذلك لأنه لا حق لغير الأول عند وجود الجناية الأولى فانهقدت سبباً موجبا لاستحقاق كل القيمة وانتقاص حقه إنما كان يعارض حدوث المزاجعة بعد ذلك بخلاف الجناية الثانية فإنها وجدت والمزاحم مقارن فلم تتعقد سبباً موجبا لاستحقاق الرائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقر عندهم ومرو في مواضع شتى من الكتاب هذا غاية ما تبسر من الكلام في توجيه المقام (قوله) فأما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه) قال صاحب العناية فيه نظر فإن الجناية الثانية وإن

أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لا في الحال ولا بعد الإدراك وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن في الحال وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عبده وديعة ضمن في الحال وهو تفسير حسن وقوله (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) يساعد فيه نحر الإسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا وأما في غير من شروح الجامع الصغير لصدر الإسلام وقاضيان والتمرتا شئاً فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلاً وإن لم يكن عاقلاً فلا يضمن في قولهم جميعاً (قوله) فيه نظر فإن الجناية الثانية الخ) أقول فيه نظر فإنه لما أخذ في الجناية الأولى ما رجع به المولى أول مرة على الغاصب عوضاً عما سلم لولي الثانية لوجده أنه شيئاً فارغاً من بدل العقل في يد المالك رجع المولى نائباً على الغاصب لأن الاستحقاق كان بسبب كان في يده ولا يلزم في ذلك أن يبقى لولي الثانية استحقاق كما لا يخفى فتأمل

وقوله (وكذا إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع) يعني أنه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع ثبت في حق غيره أيضا لان المال الذي سيطر على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده في المال اليه وقوله (في يد مانعة) أي من الأبداع والاعارة يعني ان المودع وضع المال في يد مانعة عن الأبداع ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لانه أوقع ماله في يد منع يد غيره عليه باختياره الا اذا كان وضعه فيها باقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم توجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضديعا من جهته وفي قوله (لانه لا ولاية له على الصبي) نظر لان اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه والالا نسد باب الوديعة ويمكن أن يقال انما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الأبداع من الصبي تسليطه على الاتلاف لضمن الاب مال الوديعة بتسليمه ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم اليه تضيق على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضيق ومع ذلك لا ضمان عليه فكانه قال اقامة غيره مقام نفسه تستلزم اما ولاية القيم على من أقامه مقامه كما في هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور (٣٨٣) الودائع ولم يوجد شيء من ذلك

في ابداع الصبي الاجنبي وقوله (لان عصمته لحقه) أي لحق العبد يعني لا باعتبار أن المالك يعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر في ماله ولا ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا أو كبيرا بخلاف سائر الاموال فان المالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ونوقض بما اذا أودع الصبي شاة فحرقها فانه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط

وكذا إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولا ي حنيفة وعمدانه أتلف ما لا غير معصوم فلا يجب الضمان كما إذا أتلفه بأذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقه وقد قوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على أنفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبد لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره قال (وان استهلك المأذون) يريد به من غير ابداع لان الصبي يؤخذ بأفعاله وصحة القصد لا معتبر بهما في حقوق العباد والله أعلم بالصواب

باب القسامة

قال (واذا وجد القاتل في محلة ولا يعلم من قتله استخلف خسون رجال منهم

حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقه أول مرة ولم يبق لوليه الاستحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما أخذه اه (أقول) هذا النظر ناشئ من غلط في استخراج مراد المصنف رحمه الله فان الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية في قوله يمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانيا في نظره المزبور عليه ولا شك ان مراد المصنف بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب أول مرة وهو النصف الذي كان حقا للمولى الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب أول مرة في ضمن رجوعه عليه بالكل فلا اتجاه أصلا لما قال وماذا بعد الحق الا الضلال

باب القسامة

لما كان أمر القاتل يؤل الى القسامة فيما لم يعلم قاتله ذكره في باب على حدة في آخر الدييات ثم ان

والجواب ان كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه اجنبيا والشاة ليست كذلك واعمال يملك خنقها من حيث انه تضيق فكان كالنسيب وقوله (لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره) يعني أن المالك لا يبدع عند الصبي انما أسقط عصمة ماله عن الصبي لانه غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان والله تعالى أعلم

باب القسامة

لما كان أمر القاتل في بعض الاحوال يؤل الى القسامة ذكره في آخر الدييات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قاتل به أثر يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسيبها وجود القاتل فيما ذكرنا وركننا الجراء العيين المذكورة على لسانه

(قوله ولو كان التسليط) أقول أي ثبت (قوله فيه نظر لان اقامه غيره مقام نفسه الخ) أقول في تمشية النظر تأمل (باب القسامة)

وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهبته مثل مذهبنا غير أنه لا يكره اليمين بل يرد هاهنا على الولي فان حلفوا الادية عليهم الشافعي في البدعة يمين الولي قوله عليه السلام لا اوباء فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي أصل له كافي التناول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعي عليه وروى سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليمين وبالقسم وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة وقوله بتخيرهم الولي اشارة الى أن خيار تعيين الخصمين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر أنه يختار من يثمه بالقتل أو يختار صالحى أهل الحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل

الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجلة فجاز اشتراط الحرية في القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال في الغنابة وشرطها بلوغ المقسم وعقله وسرته ووجود أثر القتل في الميت وتكبل اليمين خمسين انتهى أقول فيه شيء من الاختلال زائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة في المقسم مع كونها شرطاً أيضاً ثم أقول في امكان توجيه ذلك احتمالا لان أحدهما انه كفى في افاد ذلك الشرط أيضاً بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم وتذكير الضمير في قوله وعقله وسرته وان كان تغليب المذكر على المؤنث شائعا في أحكام الشروع وثانها انه ترك ذكر اشتراط الذكورة بناء على وجوب القسامة على المرأة في مسئلة عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وهي ما سيجي في آخر هذا الباب من أنه لو وجد قتل في قرية لا امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال أبو يوسف القسامة على العاقله أيضا فكانت المرأة أهلا للقسامة في الجلة عندهما (قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهبته مثل مذهبنا) أقول في تحرير المصنف هنا قصور بل اختلال أما أولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث أى قرينة حال توقع في القلب صدق المدعى سواء كان ذلك اللوث من قبل علامة القتل على واحد رجهه كلام أو من قبل ظاهر يشهد للمدعى كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالشافى كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله أو ظاهر يشهد للمدعى فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه حتى العبارة أن يقال وان لم يكن هناك لوث وأما ثانيا فلان أراد الضمير المفرد في قوله فذهبته بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعى ومالك وان قال اللوث عندهما الخ من قبل الاغلاق حيث لا يفهم أن مرجعه أى منهما وعن هذا حمله بعض الشراح على الشافعى وبعضهم على مالك حتى المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى (قوله ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعي عليه) أقول لقائل أن يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعي عليه ان أفاد قصر اليمين على المدعي عليه بناء على ما صرحوا به في علم الادب من أن المعروف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله والائمة من قرين وقد أشار اليه المصنف في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدلل فيه على أن لا يرد اليمين على المدعي عندنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وقال في وجهه جعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى لزم أن لا يصح تغليب غير المدعي عليه من أهل الحلة فيما اذا ادعى الولي القتل على بعض منهم بعينه مع أنه يستحق خمسون رجلا من أهل الحلة في هذه الصورة أيضا كما صرح به المصنف فيما سيجي وجعل اطلاق جواب الكتاب دليلا عليه

وقوله (وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهبته) أى مذهب الشافعى رحمه الله (كذهبنا غير أنه لا يكره اليمين) وقوله (ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) يعنى كافي سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعي عليه لان الاصل براءة ذمته فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة وبقيته كلامه واضح (قال المصنف وان لم يكن الظاهر شاهدا الخ) أقول الظاهر أن يقول وان لم يكن لثة فان النكرة اذا أعيدت معرفة تكون عين الاول لكن المراد من الظاهر هو اللوث كما لا يخفى

وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا أعمى أو محدودا في قذف جاز لأنه يمين وليس بشهادة قال (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستخلف الولي) وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله ابن سهل رضى الله عنه تبرئكم اليهود بإيمانهم والآن اليمين عهد في الشرع مبرئ للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى

وقوله (لأنه يمين وليس بشهادة) يحتز عن اللعان حيث لا يجزى اللعان بينهما لما أن اللعان شهادة ولا أعمى والمحدود في القذف ليسا من أهل أدائها قوله (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة) أى على عاقلة أهل المحلة (بالدية) في ثلاث سنين وقوله (تبرئكم اليهود بإيمانهم) قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن ابن سهل وحوبيصة ومحبيصة خرجوا في التجارة إلى خيبر وتفرقوا لخوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قلب من خيبر بتشط في دمه فخاؤا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل أن يشكهم فقال صلى الله عليه وسلم الكبر فتنكلم أحد مدعيه حويصة أو محبيصة وهو الأكبر منهما وأخبره بذلك قال ومن قتلوا أو من يقتله سوى اليهود

وقال وهكذا الجواب في المسوط وإن لم يفد قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعى ههنا بالحديث المذكور فلا يصح التعديل به اللهم إلا أن يقال يجوز أن يثبت به المدعى هنا بوجه آخر وهو أنه عليه السلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة تنافي الشركة وقد أشار المصنف إليه أيضا في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا ترد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الإيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى ولا يخفى أن منافاة القسمة الشركة إنما تقتضى أن لا يخلف المدعى لأن لا يخلف غير المدعى والمدعى عليه كما فيما نحن فيه في صورة أن ادعى الولي القتل على بعض معين من أهل المحلة نعم يلزم أن ينتقض بهذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس الإيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء تأمل توقف (قوله وفائدة اليمين النكول فاذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح) أقول لا فائدة هنالك كالمقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لأن موجب النكول في هذه المسئلة حبس النا كل حتى يخلف لا القضاء بما ادعاه الولي كما سيأتي في الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح في اظهاره القاتل مخزعا عن اليمين الكاذبة لا في مجرد نكوله حتى يلزم المصير إلى ذكر المقدمة المزبورة ثم إن كون فائدة اليمين النكول انما هو في الاموال لا في باب القسامة لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف النكول في الاموال كما سيأتي بيانه في الكتاب فلا معنى لذلك المقدمة ههنا ولقد أصح صاحب الكافي تقرير هذا المحل حيث قال وله أن يختار المشايخ والصلحاء منهم لأنهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرزون الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم أظهروه ولم يخلفوا انتهى بقي في هذا المقام اشكال على كل حال وهو أنه لو أخبر بعض من أهل المحلة بأنه يعلم أن القاتل أحد من أهل المحلة بعينه أو أحد من غير أهلها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن أنفسهم كما صرحوا به وسيجيء في الكتاب تفصيله في الفائدة في استخلافهم على العلم رأسا ولم أر أحدا من الثقات حارم حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع فإنه قال فان قيل أية فائدة في الاستخلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فأخبروا به لكان لا يقبل قوله لهم لأنهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لهم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لحزاز المغرم ولا دافع المغرم قيل انما استخلفوا على العلم انما عا السنة لان السنة هكذا وردت لما روينا من الاخبار فاتبع السنة من غير أن يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين أحدهما أن من الجائر أن يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لأن اقرار المولى على عبده بالقتل الخطا صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فيكون التحليف على العلم مفيدا وجائزا أن يقر على عبده غيره فصدق مولا فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا جازا أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وإن لم يكن لواحد من الخالفين عبد كالمولى في الطواف فان النبي صلى الله عليه وسلم كان رمى في الطواف اظهار الجلالة والقوة للكفرة ويقول رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلالة من نفسه ثم زال ذلك اليوم ولنا

ولنا أن النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مرير
وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الإبراء
عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا
نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقرروا بالقتل فإذا حلفوا حصلت البراءة
عن القصاص

وفي الرمل في الطواف كذا هذا والثاني أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم أمراً صلياً ومجنوناً أو عبداً
محبوراً بالقتل فلو أقر به يلزمه في ماله فحلف بالله ما علمت له قاتلاً لأنه لو قال علمت له قاتلاً وهو الصبي الذي
أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً إلى هنا لفظ البدائع فليكن
هذا على ذكر منك (قوله ولنا أنه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) قال بعض
الفضلاء فيه بحث فإنه لم يجر القسامة بينهم بالكلية وانما وادعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده
وفي رواية من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى أقول أشار رسول
الله صلى الله عليه وسلم إلى وجوب القسامة على اليهود بقوله تبرئكم اليهود بأيمانها وانما لم يجر القسامة
بينهم لعدم طلب أولياء القتل أياها حيث قالوا لا ترضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه
ومطالبة ولي القتل بالقسامة شرط لأجرائها على الخصوم كما عرفت في ما مر أثناء أن ذكرنا شرط
القسامة على التفصيل نقلاً عن البدائع وانما وادعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده أمانة من
ابل الصدقة على سبيل الجمالة عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البر اليهم وقد أفصح عنه صاحب النهاية
ومعراج الدراية هنا حيث قال لا بعد نقل الحديث انما وادعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه يجوز الجمالة عن
أهل الذمة فإن قضاء دين الغير بره وأهل الذمة من أهل البر اليهم حتى جاز عندنا صرف الكفارات
اليهم ولا يجوز من مال الزكاة الأعلى سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم إن هذا القدر من التوجيه
انما يحتاج إليه على ما روي من حديث عبد الله بن سهل بن أبي حنيفة كما وقع في الصحيحين وأما
ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي قصراً على الزهري وأخرجه كثير من المحدثين
عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه ومنهم ابن أبي شيبة رواه أيضاً في
مصنفه ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فإيجاب النبي صلى الله عليه وسلم القسامة والدية
على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف اجبالاً من قبل حيث قال وروي ابن المسيب أن النبي عليه
السلام بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم وفصله الشراح حيث
قالوا روى الزهري عن سعيد بن المسيب أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله
صلى الله عليه وسلم في قتل من الأنصار ووجد في جب اليهود بخير وذكروا الحديث إلى أن قال فالزم رسول
الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة انتهى وكذا أمر إيجاب القسامة والدية معاً على اليهود ظاهر
على ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل خيبر أن هذا قتل وجد
بين أظهركم فالذي يخرج عنه عنكم فكتبوا له أن مثل هذه الحادثة وقعت في بني إسرائيل فأرسل الله
تعالى على موسى عليه السلام أمرهم أن كتب نبياً فأسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم أن الله تعالى
أراني أن أختار منكم خمسين رجلاً يحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلاً ثم تغمون الدية قالوا لقد
قضيت فينا بالتأموس أي بالوحي كذا ذكر الحديث في الكافي والبدائع وغيرهما فظهر أن منشأ البحث
المزبور عدم الإحاطة بوجوب المقام خبراً (قوله وكذا اليمين تبرئ عما وجب له القصاص والقسامة
ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقرروا بالقتل
فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص) أقول الظاهر أن المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعي ولأن

قال عليه الصلاة والسلام
تبرئكم اليهود بأيمانها
فقالوا لا ترضى بأيمان قوم
كفار لا يبالون ما حلفوا عليه
فقال عليه الصلاة والسلام
أحلفون وتستحقون دم
صاحبكم فقالوا كيف تحلف
على أمر لم نعين ولم نشاهد
فكره رسول الله صلى الله
عليه وسلم أن يبطل دمه
فودع أمانة من ابل الصدقة
واستدل الشافعي رحمه الله
بقوله عليه الصلاة والسلام
تبرئكم اليهود بأيمانها على
أنه لا دية بعد الحلف والاملا
كان غرة براءة ووادة قبيلة
من همدان

(قال المصنف ولنا أنه
جمع بين الدية والقسامة
في حديث ابن سهل) أقول
فيه بحث فإنه لم يجر بينهم
القسامة بالكلية وانما وادعاه
رسول الله صلى الله عليه
وسلم من عنده وفي رواية
من ابل الصدقة على ما ذكر
في الصحيحين وغيرهما
ونقله الشراح هنا

ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتل بين أظهرهم لا ينكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ (ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف) لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لأمر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين بدل عن أصل دمه ولهذا يسقط به بدل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا إذا ادعى على البعض لأبائهم والدعوى في العمد والخطأ لا تتم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض بأبائهم أنه قتل ولية عدا أو خطأ فكذا الجواب يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن أبي يوسف في غير رواية الأصل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقي من أهل المحلة ويقال للولي أنك ميتة فإن قال لا يستحلف المدعى عليه عينا واحدة ووجهه أن القياس بأبائه لا احتمال وجود القتل من غيرهم وإنما عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم وفيما وراءه بقي على أصل القياس وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

وقوله (بدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب) أي في كتاب القدوري أشار به إلى ما ذكره بقوله وإذا وجد القتل في محلة لا يعلم من قتله استخلف خسون رجلا منهم الخ (وهكذا الجواب في المبسوط) يعني أوجب القسامة والدية فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه

اليمين عهد في الشرع مبرئ للمدعى عليه لكن رد عليه أنه انما يتم فيما إذا ادعى ولي القتل للقتل العمد فان الموجب حينئذ هو القصاص على تقدير أن يقر بذلك فان حلفوا حصلت البراءة عنه وأما فيما إذا ادعى القتل خطأ فلا يتم ذلك لأن الموجب حينئذ هو الدية على تقدير أن يقر بأنه فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم أيضا عندنا ويمكن أن يقال ولي القتل وان ادعى القتل الخطأ يحلف أهل المحلة بأنهم ما قتلناه ولا علمنا له فان لا يطلق القتل عن قيد العمد والخطأ فيجوز أن وقع القتل منهم عدا ولم يعلم الولي بل ظن أنهم قتلوا قريبه خطأ فلو أقر في مثل ذلك بالقتل العمد تجوز أن الإيمان الكاذبة بناء على إطلاق القتل في تخليفهم لظاهر القصاص فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعاً فان قلت إذا كانت دعوى الولي مخصوصة بالقتل الخطأ كيف يصح إطلاق القتل عند التحلف وهل له نظير في الشرع قلت لا غرو في ذلك وله نظير في الشرع ألا يرى أنه لو ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه قتل قريبه عدا أو خطأ استخلف خسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له فان لا كما استخلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيجي في الكتاب فتأمل فان حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر إليه في تصحيح كلام المصنف هنا وإن كان يرى تعسفا في بادئ الرأي (قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتل بين أظهرهم لا ينكولهم) أقول لا وجه له كقولنا لا ينكولهم هنا بل الحق أن يذكر بدله لأبائهم لا أنا الآن بصدد بيان موجب أيمانهم وأما موجب نكولهم فانما يأتي بيانه من بعد بقوله ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا ينكولهم بما نحن بصدده ولأن الظاهر أن قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الخ جواب عن قول الشافعي لا ما زما كما في سائر الدعاوى يعني ما عهد اليمين في الشرع ملزما كما في سائر الدعاوى فالدفع له أن يقال الدية انما يجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لأبائهم فلم يكن اليمين ملزما هنا كما في سائر الدعاوى فقوله لا ينكولهم حشو محض في دفع ذلك وانما اللازم أن يقال بدله لأبائهم كما لا يخفى (قوله ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف) قال تاج الشريعة هذا إذا ادعى الولي القتل عدا أما إذا ادعاه خطأ فنسلك أهل المحلة قائم بقضي الدية على عاقلة ولا يجسسون ليحلفوا وانتهى وأما سائر الشراح فلم يقيد أحد منهم ههنا مثل ما قيده تاج الشريعة إلا أن صاحب النهاية والعناية قال في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء وجوب الدية أن حلفوا والحبس حتى يحلفوا أو الوادي إلى الولي العمد ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى أن ظاهر ما ذكرناه هناك يطابق ما ذكرناه تاج الشريعة هنا أقول لا يذهب عليك أن الظاهر من إطلاق جواب مسألة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ومن دلاله قوله فيما بعده هذا الذي

وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى
فتوجب به بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما
لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم تكن استخلفه
يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى
في المال ثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضي في كتاب الدعوى قال (وان لم يكمل
أهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين) لما روي أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة
واقى اليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن
شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب انما هما ما أمكن ولا يطلب فيه
الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم فان كان العدد كاملا فأراد الولي
أن يكرره على أحدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال (ولا قسامة على صبي
ولا مجنون) لانهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح

وقوله (على اختلاف مضي
في كتاب الدعوى) بين أبي
حنيفة وصاحبيه حيث
قال ومن ادعى قصاصا على
غيره فجعد استخلف بالاجماع
الح قال (وان لم يكمل أهل
المحلة تجسبن) وفي اليه أي
أتى اليه وأهل اللغة يقولون
واغاه

ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد
أو الخطأ أن يكون الحبس الى أن يحلف النسا كل موجب النكول في كل واحدة من صورتين دعوى العمد
ودعوى الخطأ وعن هذا ترى أصحاب المتون قاطبة أطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا أطلقه
الامام قاضي خان في فتاواه حيث قال فان امتنعوا عن اليمين جبروا حتى يحلفوا انتهى وكذا حال سائر
تقات الأئمة في تصانيفهم وكان صاحب الغاية تنبه لهذا حيث قال في صدر هذا الباب حكم القسامة
القضاة وجوب الدية على العاقلة في ثلاث سنين عندنا وعند الشافعي اذا حلفوا برئوا وأما اذا أبا القسامة
فمحسبون حتى يحلفوا أو يقرروا انتهى فانه يجرى في بيان حكمها أيضا على الاطلاق كما ترى ثم أقول
التحقيق هنا هو أن في جواب هذه المسئلة روايتين أحدهما أنهم ان نكلوا جبروا حتى يحلفوا على
الاطلاق وهو ظاهر الروايتين عن أئمتنا الثلاثة والآخرى أنهم ان نكلوا لا يحسبون بل يقضى بالدية على
عاقلتهم في ثلاث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف وقد أفصح عنه
في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلا فكلوا عن
الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال
لا يحسبون ولا يكتن بقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين وقال ابن أبي مالك هذا قوله الآخر وكان
ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول الى هنا لفظ المحيط ثم أقول بقي
هنا اشكال وهو أنه قد مر في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصا على غيره فجعد استخلف
بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف
أو يقر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش في النفس وفيما دونها انتهى ففتضى اطلاق
ذلك أن يكون موجب النكول في القسامة أيضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبي يوسف ومحمد
وان ادعى ولي القتل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة
هو الحبس الى الحلف بخلاف فيه من أبي يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر أيضا في المحيط
والذخيرة أنه روي الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه يقضى بالدية في القسامة أيضا عند النكول لكن
يبقى اشكال التناهي بين ما ذكر في المقامين على قول أبي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقا
فتأمل في الدفع (وقوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق
النصوص بين دعوى ودعوى فتوجب به بالنص لا بالقياس) أقول فيه بحث لانه ان أراد باطلاق النصوص
اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي هنا فاعدا من القواعد المقررة عندهم أن النص

قال (ولا امرأة ولا عبد) لانهم ليسوا من أهل النصره واليمين على أهلها قال (وان وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية) لانه ليس يقتل اذا القتل في العرف من فاته حياته بسبب بيانته حتى وهذا ميت خفف أنفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه أو بده أو ذكروه لان الدم يخرج من هذه المخرج عادة بفعل واحد وقد ذكرناه في الشهيد (ولو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوبا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا تقي عليهم) لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الآن لا أكثر حكم الكل تعظيما لادى بخلاف الاقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة

ولم يذكر الاتف وحكمه حكم دبره وذكره وذكر القم مطلقا وقد قيل اذا سعد من جوفه الى فيه وأما اذا نزل من رأسه الى فيه فليس يصلح دليلا على القتل ذكره في الاسلام في شرح الزبادات وكلامه ظاهر

(قال المصنف ثم يجب عليهم القسم) أقول فيه أنه تكرر (قال المصنف الآن لا أكثر حكم الكل تعظيما لادى) أقول فيه بحث لان هذا قياس

الوارد على خلاف القياس يختص عورده والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وأن تكون مخصوصة بعوردها وهو ما اذا وجد القتل في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس وان أراد باطلا فلها اطلاقها بحسب المورد أضافه وممنوع اذا لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما اذا ادعى الولي القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب (قوله ولا امرأة ولا عبد لانهم ليسوا من أهل النصره واليمين على أهلها) أقول يشكل اطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسألة تقي في آخر هذا الباب وهي أنه لو وجد قتل في قرية لا مرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وأما عند أبي يوسف فالقسامة أيضا على العاقلة انتهت وسيجي في كتاب المعامل ما يتعلق بهذا من الجواب وما فيه من الخلل (قوله لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الآن لا أكثر حكم الكل تعظيما لادى بخلاف الاقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة) يعني أن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد في كل البدن وأكثر البدن كل حكا وان لم يكن كلاحقيقة فألحق أكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لادى الدم وما سواها ليس بكل أصلا لا حقيقة ولا حكا فبقى على أصل القياس فلم يجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان أقول في هذا التعليل شيء وهو أنه قد ذكر في وضع المسئلة أنه لو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيما اذا وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن في هاتين المحلتين لا فيما اذا وجد النصف ومعه الرأس فيها فان الموجد فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحق به فلم يتم التقريب اللهم الا أن يقال النصف اذا كان معه الرأس يصير في حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلا كما صرحوا به فيصير قول المصنف الآن لا أكثر حكم الكل تعظيما لادى شاملا لما هو الاكثر حقيقة أو حكا فتم التقريب بهذا التأويل ثم بقي شيء آخر وهو أن قول المصنف بخلاف الاقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة فاصر عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل أنه ان وجد نصفه مشقوبا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا تقي عليهم ولا يخفى أن قوله بخلاف الاقل الخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوبا بالطول فلا يحصل تمام التقريب فالاولى أن يقال بخلاف الاقل والنصف الذي ليس معه الرأس الخ وكان صاحب الغاية ذاق هذه

وقوله (ولاناواعتبرناه يتكرر القسامتان والدينان) وفي بعض النسخ (٣٩١) يتكرر ذلك لانه اذا وجب بالاقبل وجب

بالا كثيرا اذا وجد وكذلك
لو وجب بالنصف لو وجب
بالنصف الاخر فتكرر
القسامتان والدينان بمقابلة
نفس واحدة وذلك لا يجوز
فان قيل ينبغي ان تجب
القسامات اذا وجد الرأس
لانه يعبر به عن جميع البدن
أجيب بان ذلك بطريق
المجاز والمعتبر هو الحقيقة
ولانه لو وجبت به لو جبت
بالبدن بطريق الاول فلزم
التكرار وقيل كان ينبغي ان
يقول تتكرر القسامات
والدية بلفظ المفرد دون
التثنية لان غرضه ثبوت
القسامات مكررا وثبوت
الدية مكررا وعبارة التثنية
تستلزم ان يكون أكثر من
القسامتين والدينين ويجوز
ان يكون مراده القسامتان
والدينان على القطعتين
يتكرر ان في حين نفسا
وقوله (والمعنى ما أشرنا
اليه) يريد به التكرار
المذكور وعدمه وقوله (لان
الظاهر ان تام الخلق ينفصل
حيا) اعترض عليه بان
الظاهر يصلح للدفع دون
الاستحقاق ولهذا قلنا في
عين الصبي وذكره ولسانه
اذ لم تعلم صحته حكومة

قوله ويجوز ان يكون مراده
القسامتان والدينان على
القطعتين يتكرر ان في
خمسين نفسا أقول جزء
الدية لا يسمى دية حتى يقال

ولاناواعتبرناه يتكرر القسامتان والدينان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود
الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجرى فيه القسامات لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجرى
فيه القسامات تجب والمعنى ما أشرنا اليه وصلافة الجنازة في هذا نسخ على هذا الاصل لانها لا تتكرر
(ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة) لانه لا يفرق الكبير حالا (وان
كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامات والدية عليهم) لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا
(وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم) لانه ينفصل ميتا لاحيا

الشاعرة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الاقل الخ وما سوا ما ليس بكل أصلا لا حقيقة
ولا حكم فبقى على أصل القياس فلم تجب فيه القسامات والدية اهـ وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف
الا أن لا كثر حكم الكل تعظيما للآدمي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى أقول ليس ذلك
بوارد فان هذا الذي ذكره المصنف ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة النص كما يرشد اليه قوله ولا ملحق
به في قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لادلالة
النص كما لا يخفى (قوله ولاناواعتبرناه يتكرر القسامتان والدينان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان) يعني
لو وجبت بالاقبل لو جبت بالا كثيرا ايضا اذا وجد وكذلك لو وجبت بالنصف لو جبت بالنصف الاخر ايضا
اذا وجد فلزم ان تتكرر القسامتان والدينان في مقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم تشرع مكررين
قط قال في غاية البيان كان ينبغي ان يقول يتكرر القسامات والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية
لانه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والدينين وليس كذلك وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف
حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز ان يكون مراده القسامتان والدينان على القطعتين
يتكرر ان في خمسين نفسا انتهى أقول ليس هذا بشيء لان القسامات في الشرع اسم لمجموع أعيان
يقسم بها خمسة من أهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم انسان فكيف
يتصور ان يتحققا في كل واحد من خمسين نفسا حتى يصح توجيه تكرار القسامتين والدينين على
القطعتين يتكررهما في خمسين نفسا وانما الموجود في أحد خمسين نفسا بعض القسامات والدية لانفسهما
والكلام في اسناد التكرار الى نفس القسامتين والدينين فلا مسأغ لذلك التوجيه (قوله والاصل فيه
ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجرى فيه القسامات لا تجب الخ) أقول فيه نظر لانه اذا كان
الباقي نصف القتل مشقوبا بالطول مثلا يصدق عليه أنه بحال لو وجد لا تجرى فيه القسامات اذ قد
صرح فيما قبل بأنه ان وجد نصفه مشقوبا بالطول فلا شيء عليهم مع أنه لا تجب القسامات حينئذ في
الموجود الاول ايضا بناء على ذلك المصريح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال
لو وجد الباقي لا تجرى فيه القسامات تجب كما لا يخفى (قوله ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب
فلا شيء على أهل المحلة) أقول في تحريره هذه المسئلة بهذا الاداء فتور من وجوه الاول ان الجنين على
ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد مادام في البطن فكيف يتصور ان يوجد فيهم جنين وحده وهو في
بطن أمه أم وجوده مع أمه فهو بعزل عما نحن فيه ليكون الحكم هناك للام دون الجنين والثاني ان
ذكر الجنين يعني عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه
والجنين يتم تام الخلق وغير تامه والثالث ان قوله ليس به أثر الضرب غير كاف في جواب المسئلة اذ
لا بد فيه من أن لا يكون به أثر الجراحة والخنق ايضا كما تقرر فيما سبق فلا اقتصار هنا على نفي أثر
الضرب تفصيلا والظاهر أن يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به أثر القتل فلا شيء عليهم تدبر
(قوله وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامات والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق
ينفصل حيا) فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره اذا

يتكرر في خمسين نفسا تامل (قوله اعترض عليه بأن الظاهر الى قوله وأجيب عنه بأنه الخ) أقول الاعتراض والجواب لا يتقاني

عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها وأجيب عنه بأنه انما لم يجب في الاطراف قبل أن تعلم محتما ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أودية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجهه عضو من وجهه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيلا لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربعا فواء لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك به مسلكها فلا أن لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى والصواب أن يقال الظاهر ههنا أيضا اعتبار دفع الماعسى يدعى القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جابر بن مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام أسبغ كسبج الكهان قوموا فذروه قال (واذا وجد القتيلا على دابة يسوقها رجل الخ) اذا وجد القتيلا على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون أهل المحلة سواء كان مالكها أو لم يكن وكذا اذا كان قائدها أو ركبها لانه في يده فصار كما اذا كان في داره فان اجتمع الركب والسائق والقائد فالدية عليهم لان القتيلا في أيديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتيلا (٣٩٢) في الدار فان الدية هنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكاً أو لم يكونوا وهناك

على المالك لا على السكان وأجيب أولاً باننا لانسلم أن الدية لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقول القائد أو السائق أو الركب وأما اذا كان لها مالك معروف فانها يجب عليه وثانياً وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب أن القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن والفرق أن العبرة في

قال (واذا وجد القتيلا على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة) لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها أو ركبها (فان اجتمعوا فعليه) لان القتيلا في أيديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال (وان مرت دابة بين القريتين وعليها قتيلا فهو على أقربهما) لما روي أن النبي عليه السلام أتى بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن يذرع وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب اليه في القتيلا الذي وجد بين وادعة وأرجب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيلا الى وادعة أقرب ف قضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصرنا

لم تعلم محتمة حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها أجيب بأنه انما لم يجب في الاطراف قبل أن تعلم محتما ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أودية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجهه عضو من وجهه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيلا لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا وجد ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا تفوق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وكذا قال جمهور الشراح ورد صاحب العناية بجوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربعا فواء لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها

هذا الباب للرأى والتصرف والتدبير وذلك في الدار للمالك لان يده لا تنقطع عنها بالاجارة وأما في الدابة فالتصرف قال والرأى والتدبير الى من بيده الدابة لزال يد المالك عنها بالاجارة وبالانقلا فتكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله (وادعة وأرجب) هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر

(قوله وأما اذا انفصل ميتا) أقول الظاهر اذا وجد ميتا (قوله وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربعا فواء) أقول بل يرد فان حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا تعظيما لاهل النفوس ومنع كاية القضية القائلة أن لا يكون حجة للاستحقاق وبقوى هذا المنع ما سبق من المصنف في الدرس الامس ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا فليتلأمل (قوله فلا أن لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى) أقول الاستحقاق هنا للمالك أيضا لا غير (قوله وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جابر بن مالك) أقول ذلك في الغرة والقسامة والدية ليستافي معناها (قوله فالتصرف والرأى والتدبير الى من بيده الدابة) أقول ما الجواب اذا كان المالك مع الركب يسوق الدابة أو يقودها أو يكون الركب هو المالك والآخر يقود أو يسوق فان اطلاق الكتاب يشمل هذه الصور قال الاتقاني فيما سيجي عن مسألة السفينة لو كان صاحب السفينة معهم ينبغي أن تجب عليه كافي الدار فينبغي أن يكون هنا كذلك

وقوله (ولاندخل السكان في القسامة مع الملاك) يشير الى اختلاط السكان بالملاك وقوله (وهو قول محمد) يشير الى أن محمد ليس في هذا القول باصيل فانه ذكر في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رجما الله هذا الاختلاف فقال وقول محمد مضطرب (وقال أبو يوسف) يعني آخر أو كان قوله أولا كقولهما وأما بعده فظاهر (٣٩٣) وقوله (وهو على أهل الخطة دون المشتريين)

الخطة المكان المختط لبناء داراً وغيرها من العمارات ومعناه على أصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغائبين فانه مختط خطة لتتميز أنصباؤهم والضمير راجع الى المدكور وهو وجوب القسامة والدية أي القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلته وقوله (وقيل ان أبا حنيفة رجه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة) يعني من أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشار إليهم المشترون في ذلك ويجوز أن يكون فيه تاييد الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتل في دار بين مشتري وخطة فانهم ما متساوون في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقا فوجب القسامة على أهل الخطة دون المشتريين مع أن كل واحد منهما مالوا نفرده كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك أن العرف أن المشتريين قلما يراجعون أصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فان في عمارة ما استمر من الدار

قال (واذا وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه) لان الدار في يده والدية على عاقلته (لان نصرته منهم وقوته بهم قال (ولاندخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة) وهو قول محمد) وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا) لان ولاية التدبير كما تكون بالملاك تكون بالسكنى ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا مخبر ولهم ما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك ألزم وقرارهم أودوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم وأما أهل خير فالنبي عليه السلام أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال (وهي على أهل الخطة دون المشتريين) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الكل مشترك لان الضمان انما يجب بترك الحفظ منه لولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانب مقصرا والولاية باعتبار الملاك وقد استتروا فيه ولهم أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال (وان بقي واحد منهم فكذلك) يعني من أهل الخطة لما ينسأ (وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشتريين) لان الولاية انتقلت اليهم وأخلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يراجهم

مسلكها فلا أن لا يكون فيها هو أعظم خطرا أولى انتهى أقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار وعن هذا قالوا يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتل بين أظهرهم فقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك به مسلكها فلا أن لا يكون فيها هو أعظم خطرا أولى ممنوع فان ما لم يمتنع عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما يسلك به مسلكها اهدار امر حقير وما لم يمتنع عدم كونه حجة في النفوس اهدار امر خطير ولا شك أن اهدار الحقير أهون وأولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب أن يقال الظاهر هنا اعتبر دافعا لما عسى يدي القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أسبغ كسبج الكهان قوموا فادعوا انتهى أقول برده عليه أن حديث جل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا ومو جبه الغرة وهي نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال فادعوا لكونها بدل النفس كما تفسر في باب الجنين والكلام هنا في جنين انفصل حي بناء على أن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فأين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث جل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث حديث جل بن مالك بالخاء المعجمة والميم المفتوحين قال كنت بين جار يتين لي فضربت احدهما مابطن صاحبته ابعدو فسطاطا أو بسطط خيمة فالتقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا ولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندي من لا صاح ولا استمل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه يطل فقال عليه السلام أسبغ كسبج الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فادعوا الحديث انتهى فكانه نسي ما قدمت يداها

(٥٠ - تكلمنا ثامن) واجازتها واعرتهما متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار وقوله (لما ينسأ) اشارة الى قوله ان صاحب الخطة هو المختص وقوله (ولانه أصيل) والمشتري دخيل وقوله (لان الولاية انتقلت اليهم) يعني على قول أبي حنيفة ومحمد رجما الله أو خلصت لهم على قول أبي يوسف وقوله (لزوال من يتقدمهم) يرجع الى قوله انتقلت اليهم وقوله (أو يراجهم) يرجع الى قوله أو خلصت لهم

وقوله (واذا وجد القتل في دار) يعني اذا وجد القتل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احدهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلة وبهذا يدفع ما يرى من التذافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى وحكي عن الكرخي رحمه الله انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حاضرا كذا في الذخيرة والمذكور (٣٩٤) في الكتاب يدل على انهما عليهما جميعا اذا كانوا حاضرا وروايته فتاوى

(واذا وجد قتل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكرر عليه الايمان) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشار به غيره فيها كاهل الحلة لا يشار بهم فيها عواقلهم وله ما ان الحضور لم يمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشار كونه في القسامة قال (وان وجد القتل في دار مشتركة نصفها الرجل وعشرها الرجل ولا تخرب ما بقي فهو على رؤس الرجال) لان صاحب القليل يراحم صاحب الكثير في التدبير فكأنوا سوا في الحفظ والتقصير فبكون على عدد الرؤس منزلة الشفعة قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قاتل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده) وهذا عند أبي حنيفة وقالان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له لانه انما أنزل فان لا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كافي صدقة الفطر

(قوله واذا وجد قتل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة اذا كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكرر عليه الايمان) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام يعني اذا وجد القتل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احدهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلة وبهذا يدفع ما يرى من التذافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان قول المصنف فيما قبل وان وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه وان حاز أن يجعل على احدى الروايتين التين ذكرهما صاحب العناية الا أن قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز أن يحمل على الاخرى منه ما فان القسامة في عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلة جميعا وبما ذكره المصنف ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتعبر أو أمانا فلان قول المصنف فتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكرر عليه الايمان صريح في التوفيق بين المسئلة التي ذكرها هنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حاضرا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير الى الحمل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح أن يكون شرح المراد (قوله لانه انما أنزل فان لا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك) أقول هذا التعليل على قول أبي يوسف مشكل لانه ان أراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر يعني أن الولاية تستفاد بالملك لا بغيره ويتنقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون في القسامة والدية مع المالك عند بناء على أن ولاية التدبير كما تكون

العناية وما بعده ظاهر قال (ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قاتل الخ) أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رحمه الله ولاية الحفظ بالسد والملك سنيها وقالوا بولاية الحفظ تستفاد بالملك فاذا وجد في واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحدهما الملك ولا آخر السد كان اعتبار الدية منه أولى لان القدرة الحقيقية ثبتت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قاتل فاما أن يكون البيع باتا وفيه الخيار فان كان الاول فهو أي المذكور وهو الدية على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي تصير

له ودليلهما واضح وقوله (ولهذا) أي ولنكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) في هذا الموضع (على) عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل أبي حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه

(قوله وفي الاخرى على عاقلة) أقول لا يظهر أن يقول وفي الاخرى عليه وعلى عاقلة حتى يستقيم تقريره اندفاع التذافع عليه (قوله وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده) أقول لا أدري ما فائدة هذا التفصيل والابهام فان اليد البائع اذا فرض انتفاء قبض المشتري ففي صورتين الضمان على عاقلة البائع وهذه الرواية كاذبة بخصوصية بتقريره وسباق المصنف سالم عن أمثالها

قال (ان القدرة على الحفظ باليد) أطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل في اليد ما كان أصالة وبدا المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستأجر قيل ما الفرق لا في خفيفة بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البتة الملك في الثانية دون الاولى والجواب أن صدقة الفطر ماثرة الملك فكانت على (٣٩٥) المالك والجناية موجبة للضمان

بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل وقوله (ومن كان في يده دار فوجد فيها قنبر لم تعقله العاقلة) يعني اذا أنكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا انها اودعة أو مستعارة أو مستأجرة (حتى تشهد الشهود أنها التي في يده) ولا يختلج في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي خنيفة ليس لان اليد المعبرة عنده هي التي تكون بالاصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك والباقي واضح وقوله (واللفظ) أي لفظ القدر يرى وهو قوله على من فهم من الركب والملاحين يشمل أربابها أي ملاكها وغير ملاكها وقوله (وهذا) أي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة (على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله) أن السكان تدخل في القسامة مع الملاك (ظاهر) وأما على قول أبي خنيفة ومحمد رحمه الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال (وان وجد

وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفي البات اليد البائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالغصوب فتعبر يده اذ بها يقتدر على الحفظ قال (ومن كان في يده دار فوجد فيها قنبر لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها التي في يده) لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك لكنها محتملة فلا تكن لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكن لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من إقامة البينة قال (وان وجد قنبر في سفينة فالقسامة على من فيها من الركب والملاحين) لانها في أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى نجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من عدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجالة وهذا على ما روى عن أبي يوسف ظاهر والفرق لهما أن السفينة تنقل وتحوّل فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف الحلة والدار لانها لا تنقل قال (وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على أهلها) لان التدبير فيه اليهم (وان وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال) لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة وما لا بيت المال مال عامة المسلمين

بالملاك تكون بالسكنى وان لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقرير في اثبات مدعاها في هذه المسئلة كما لا يخفى (قوله وله أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد) أقول هذا التنوير غير واضح لانه ان أراد باليد المطلق أي سواء كانت يد أصالة أو يد نيابة فليس يصحح اذ لا يجب شيء من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد أصالة كما صرحوا به فاطبة فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضا لم يصح ذلك وان أراد بها يد الاصالة فقط كما هو الظاهر فالحصم وهو صاحبها لا يسلم انه يقتدر على الحفظ بيد الاصالة فقط بدون الملك ولا أنه لا يقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد بل يقول ولاية الحفظ انما تنفذ بالملك دون اليد كما في مسئلتنا المتنازع فيها وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ليس بأجلى من أصل المسئلة (قوله ومن كان في يده دار فوجد فيها قنبر لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها التي في يده) قال صاحب الغناية ولا يختلج في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي خنيفة ليس لان اليد المعبرة عنده هي التي تكون بالاصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هب أن اليد المعبرة عنده هي التي تكون بالاصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه وهذا ما مر من أن الاعتبار عند أبي خنيفة ليس لان اليد دون الملك كما في المسئلة المتقدمة آنفا فان الملك هناك للمشتري مع أن الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله وقال صاحب الغناية هنا ولا يلزم أن خفيفة أنه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع بوجد فيها قنبر أن الدية يجب على عاقلة البائع لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك الا بالبينة انتهى وذكر في معراج الدراية

في مسجد محلة كلامه واضح سوى ألفاظ نذكرها

(قال المصنف لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه) أقول يناقض ما تقدم فان البائع اذا لم يقبض المشتري الدار صاحب يد بلا ملك مع أنه تعقل عواقله وكذا في بعض صور البيع المنجز

قوله (فنعند أبي يوسف تجب على السكان) أي سواء كان السكنا مملوكا أو غير مملوك وقوله (كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) قال في النهاية وإنما أراد به (٣٩٦) أن يكون نائبا عن المحال أما الأسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ

أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا في السوق الثاني إذا كان من يسكنها في اليا إلى أو كان لاحدهم فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله (وقد بيناه) يعني في مسألة وان مررت دابة بين قريتين وعليهما قتيل وقوله (وان وجد في وسط القرات) يريد به القرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية القرات بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء مادام جاريا بالقتيل كان حكم الشط حكم الوسط قالوا وهذا إذا كان موضع انبعات الماء في دار الحرب لأنه إذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك وأما إذا كان موضع انبعات الماء في دار الاسلام فتجب الدية في بيت المال لأن موضع انبعات الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعات أو مكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال وقوله (على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله قيل

(ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند أبي يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) لأنه جماعة المسلمين (ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجن) لأنهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر أن القتل حصل منهم وهما يقولان أن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصره ولأنه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فإذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه أربعة المالك والسكان وهي مختلف فيها بين أبي خنيفة وأبي يوسف قال (وان وجد في قرية ليس بقرية بعمارة فهو هدر) وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحدا بالتقصير وهذا إذا لم تكن مملوكة لاحدا أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته (وان وجد بين قريتين كان على أقربهما) وقد بيناه (وان وجد في وسط القرات يمر به الماء فهو هدر) لأنه ليس في بدا حد ولا في ملكه (وان كان محتسبا بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذي تقدم لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كال موضوع على الشط والشط في يدمن هو أقرب منه ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون به أغنمهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال (وان ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بغيره لم تسقط القسامة عنهم) وقد ذكرناه ذلك كراهية القياس والاستحسان قال (وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لأنه منهم بخلاف ما ذكرنا من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقدير حيث لم يأخذوا على يد النظام

ما وافقه حيث قال وفي جامع الكرايسي اعتبر أبو حنيفة يد المالك لا مجرد اليد في المسئلة المتقدمة وهنا لا يثبت ذلك إلا بالينة فلا يرد نضاع عليه انتهى أقول هذا التوجيه مشكل لأن المالك في المسئلة المتقدمة كان المشتري لا المحلة وعن هذا انشا النزاع بين أبي حنيفة وصاحبيه في تلك المسئلة اذ لو كان المالك أيضا للبائع لما صار يحمل الخلاف واقامة الحجته من الجانبين على ما مر بيانه فاذا كان المالك هناك للمشتري فكيف يتحقق للبائع اذ ذلك يد المالك اذ ثبت يد المالك يقتضي ثبوت نفس المالك أيضا فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وان أريد بيد المالك غير معناه الظاهر رأى السيد التي كان اصحابها ملك في الاصل وان زال ذلك المالك في الحال بالبيع فماعتى اعتبار مثل ذلك الامر الزائل في ترتيب الحكم الشرعي عليه في الحال وهل يليق أن يعد ذلك أصلا لا مأمنا الأعظم فعليك بالتأمل الصادق (قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وقد بيناه من قبل) قال صاحب العناية يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة انتهى واقتضى أثره العيني أقول الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما ذكرنا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو ممتنع فإنه هو المطابق لهذه المسئلة التي ذكرها المصنف هنا دون ما جعل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن (قوله ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم) أقول لقائل أن يقول ان أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم أن

هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت وقوله (لم تسقط القسامة عنهم) يعني والدية على عوائلهم وقوله (وقد ذكرناه) يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض باعياهم أنه قتل وليه الخ وقوله (وقد بيناه من قبل) يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة ولان

وقوله (فأجلوا عن قتل) أي انكشفوا عنه وانفروا

(٣٩٧)

وقوله (لان القتل بين

أظهرهم) أي وجد بين
أظهرهم يعني بينهم
والظاهر والظاهر يجيئان
مقحمين كافي قوله صلى
الله عليه وسلم لاصدقة
الاعن ظهر غنى أي صادرة
عن غنى فان قيل الظاهر
أن فاته من غير أهل
الحلة وأنه من خصمائه
أجيب بأنه قد تعذر الوقوف
على قاتله حقيقة فيتعلق
بالسبب الظاهر وهو وجوده
قتلًا في محلهم وقوله
(لان بمجرد الدعوى لا يثبت
الحق) أي الاستحقاق
عند انكار المدعى عليه
للحديث الذي رويناه أي
في أوائل باب القسامة
وأوله قوله صلى الله عليه
وسلم لو أعطى الناس بدعواهم
لادعى قوم دماء قوم
وأموالهم لكن البينة على
المدعى والبين على من أنكر
لا يقال الظاهر أنهم قتلوه
لما علمت غير مرة أن الظاهر
لا يصلح حجة للاستحقاق
وقوله (وان وجد في خباء
أو فسطاط) الخباء الخيمة
من الصوف والفسطاط
الخيمة العظيمة فكان أعظم
من الخباء وقوله (فعلى
أقرب الاخبية) قيل هذا
إذا نزلوا قبائل قبائل
متفرقين أما إذا نزلوا مختلطين
فأدبية والقسامة عليهم

ولان أهل الحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الادعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم
امتنع دعواهم عليهم وسقط لفقد شرطه قال (واذا التقى قوم بالسيف فأجلوا عن قتل فهو على أهل
الحلة) لان القتل بين أظهرهم والحفظ عليهم (الأن يدعى الاولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه
فلم يكن على أهل الحلة شيء) لان هذه الدعوى تضمنت راءة أهل الحلة عن القسامة قال (ولاعلى أولئك
حتى يقيموا البينة) لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه أما بسقطه الحق عن أهل الحلة
لان قوله حجة على نفسه (ولو وجد قتل في معسكر أو قاموا بفلاة من الارض لأمك لا جد فيها فان وجد
في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنهم الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية)
اعتبار اليمد عند انعدام الملك

تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر حينئذ فان ابتداء الامر اذ ذلك كون القاتل منهم بدون أن يتعين
خصوصه وتعيينه واحدا منهم يلزم أن يتعين خصوصه وان كان منهم ولا ريب أن تعيين خصوص
القاتل ينافي عدم تعيينه وان أراد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعيين خصوصه
فهو ممنوع كالأجنبي وان أراد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعيين خصوصه
أولم يتعين فهو أيضا ممنوع اذا لا يظهر وجهه كون الجناية صادرة عن واحد منهم عند تعيين خصوصه
سببًا لوجوب الغرم عليهم جميعا ألا يرى أنه اذا أقر واحد منهم بعينه بقتل القاتل الموجودين أظهرهم
أو ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره أصلا فان قيل يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا
عند تعيين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة أيضا تقديرًا بغيرهم النصره لعدم أخذهم على بذلك
القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة
تقديرًا حيث لم يأخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذلك الظالم فستر كوا النصره
وأما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتله خفية فلا ولئن سلم ذلك مطلقا لعدم احتياطهم في حفظ الحلة بشكل
بما اذا أقر واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة فانه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك
السبب فيه أيضا فتأمل في التوجيه وذكر في الشروح نقلا عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبي
حنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل الحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه تكون ابراء
لأهل الحلة عن القسامة فان القسامة في قتل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي أنه يعرف القاتل منهم بعينه
صار مبرئًا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية أظهر عندى دراية والله تعالى
أعلم بالصواب (قوله ولان أهل الحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الادعوى الولي فاذا
ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواهم عليهم وسقط لفقد شرطه) أقول يشكل هذا التعليل بما اذا ادعى
الولي على واحد من أهل الحلة بعينه فانهم اذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الادعوى الولي
فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره لم أن تسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة
وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق ولعله لا يتيسر بدون التعسف قال العمري واعلم أن قوله وجه
الفرق الى قوله قال واذا التقى قوم بالسيف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه أكثر النحرا
انتهى قلت وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما ثبت عليه اتفاقا للموضعين (قوله واذا التقى قوم
بالسيف فأجلوا عن قتل فهو على أهل الحلة لان القتل بين أظهرهم) أي وجد بين أظهرهم أي بينهم
والظاهر والظاهر يجيئان مقحمين كافي قوله عليه الصلاة والسلام لاصدقة الاعن ظهر غنى أي صادرة
عن غنى فالظاهر فيه مقحم كافي ظهر القلب وظهر الغيب وكذا في الاظهر يقال أقام بين أظهرهم أي بينهم
كذا في الشروح فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل الحلة وأنه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف على

(قوله لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) أقول مع أن استعظام أمر الدم باق على حاله حيث يجب على أهل
الحلة القسامة والدية

وقوله (وان كان القوم لقوا قتالا) يجوز أن يكون حالا أي مقاتلين ويجوز أن يكون مفعولا مطلقا لان لقوا في معنى للقاتلة وأن يكون مفعولا أي للقتال وقوله (لان الظاهر أن العدو قتلته فكان هذرا) يجوز إلى ذكر الفرق بين هذين المسلمين إذا اقتتلا عصبية في محلة فأجلاوا عن قتلهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في ذلك أن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الإسلام ولا بدري أن القاتل من أيهما يرجع احتمال قتل المشركون جلالة امر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الجمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله (وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه) إشارة إلى قوله ولو وجد قتل في معسكر أو قاموا الخ وقوله (وقد ذكرناه) إشارة إلى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا وقوله (واذا قال المستخلف قتلته فلان استخلف بالله) يعني لا تسقط اليقين عنه بقوله قتلته فلان غاية ما في الباب أنه استثنى عن عينه حيث قال قتلته فلان وهذا لا ينافي أن يكون المقر شريكه في القتل وأن يكون غيره شريكا معه وإذا كان كذلك بخلف على أنه (٣٩٨) ما قبله ولا عرف له قاتلا غير فلان قال (واذا شهد اثنين من أهل المحلة

الخ) إذا ادعى الولي على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنين من أهل المحلة عليه أنه قتله قال أبو حنيفة رحمه الله لم تقبل شهادتهما وقال لا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة ولا يـ حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم وان خرجوا من محلة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصي إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ما يلوغ الغلام أو بعزل القاضي

(وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية) لان الظاهر أن العدو قتلته فكان هذرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناهم (وان كان للارض مالك فالحكم كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة) خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه قال (واذا قال المستخلف قتلته فلان استخلف بالله ما قبلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان) لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيخلف على ما ذكرناه لانها أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليقين فبقي حكم من سواه فيخلف عليه قال (واذا شهد انسان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة وله أنهم خصماء بازالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من محلة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ما يلوغ الغلام أو بعزل القاضي قاله حنيفة فينتقل الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلهم كذا في النهاية والعناية أقول يرد على هذا الجواب أن يقال ما بالكتم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصما من غير أهل المحلة دافعا للقسامة والدية عن أهل المحلة مع أن الاصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالأظهر في الجواب أن يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص وسيأتي مثل هذا عن قريب (قوله وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية

وعلى

ما قبلها ما يلوغ الغلام أو بعزل القاضي

(قال المصنف وان كان القوم لقوا قتالا) أقول قال صاحب النهاية انتصاب قتالا لا يحتمل أن يكون على الحال أي مقاتلين وان يكون على المفعول به كما في قوله بعده وان لم يلقوا عدوا وأن يكون على المفعول به أي القاتل انتهى والمفعول به محذوف أي لقوا العدو (قوله وقوله لان الظاهر أن العدو قتلته الخ) أقول الفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص (قوله وأما في المسلمين من الطرفين إلى قوله فبقي حال القتل مشكلا) أقول وذلك أن تقول العداوة ترفع الاشكال فلا يلزم من انتفاء جهة الجمل على الصلاح كون حال القتل مشكلا ولو صح ما ذكره لكان الامر كذلك إذا كانت إحدى الطائفتين الخوارج (قال المصنف وان كان للارض مالك فالحكم كالسكان) أقول قال الزبيلي وان كان للارض مالك فيجب على المالك بالاجماع لانهم سكان فلا يترجحون المالك في القسامة والدية وهذا عندهما ظاهر والفرق لابي يوسف بينه وبين المحلة والدار أن العسكر نزوا فيه للانتقال والارثحال لا لقرار فلا يعتبر الا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنون فيه لقرار فلا بد من اعتباره انتهى ولا يخفى عليك محققته لما نص عليه المصنف من خلاف أبي يوسف (قال المصنف لانها أقر بالقتل على واحد) أقول أقرر القتل هنا على التجوز كما لا يخفى

وقوله (وعلى هذين الاصلين) يعني الاصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كانت له جل عرضية أن يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالاجماع وأبو حنيفة رحمه الله جعل مانحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصما في هذه الحادثة لوجود القتل بين أظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمرو وأنا أغرمكم الدية لوجود القتل بين أظهركم وادعوى الولي القتل على غير أهل المحلة لا يبين أن هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصما وهما جعلا من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصما لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله (يخرج كثير من المسائل من هذا الجنس) أما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصى في حقوق اليتيم خاصم أو لم يخاصم كما مر وأما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة (٣٩٩)

تقبل شهادتهما لانهما بعرضية أن يصيرا خصمين يطلب الشفعة وقد بطلت بتركها وقوله (ولو ادعى) ظاهر وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر من مسئلة وان ادعى الولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القتال منهم فتعينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر وقوله (ومن جرح في قبيلة) يعني ولم يعلم الجراح لانه لو علم سقط القسامة بل فيه القصاص على الجراح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا كان خطأ فاذا لم يعلم الجراح فاما أن يصير صاحب فراش حين جرح أو يكون صاحباً حينئذ

وعلى هذين الاصلين يخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال (ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة) لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهماً وعن أبي يوسف أن الشهود يملقون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل قال (ومن جرح في قبيلة فنقل الى أهلها فمات من تلك الجريحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا قسامة ولا دية) لان الذي حصل في القبيلة والمحلة مادون النفس ولا قسامة فيه قصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله أن الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلاً ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش أضيف اليه وان لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك (ولو أن رجلاً معه جريح به رمق حمله انسان الى أهله فكنت يوماً أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن) لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحاً في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة

لان الظاهر أن العدو وقتله فكان هدراً قال في العتامة قوله لان الظاهر أن العدو وقتله فكان هدراً يجوز الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا وعصبية في محلة فأجلاو عن قتل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفاً وقالوا في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الاسلام ولا بدري أن القتال من أيهما يرجح احتمال قتل المشركون جلالاً لأمم المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الجمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين ففي حال القتل مشكلاً فوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لو ورد النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد في النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى وقال بعض الفضلاء طعناً في المصير الى الفرق المذكور الفرق ظاهر فان الظاهر هنا جهة الدفع عن المسلمين فيصلح جهة وعة ولو كان جهة لكان جهة الاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص انتهى أقول لیس هذا الفرق تمام فضلا عن كونه ظاهراً اذا

يبحث بحجتي وبذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول فقه القسامة والدية على القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف لاشئ عليه وهو مذهب ابن أبي ليلى ووجه قول أبي يوسف ظاهر ووجه قول أبي حنيفة أن الجراح اذا اتصل به الموت صار قتلاً ولهذا وجب القصاص واعترض عليه بأنه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفرق في حق القصاص فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص وأوجب بأن القسامة والدية وردت في قتل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جاحده اذا صار صاحب فراش قتل شرعاً لانه صار مريضاً الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجب الدية والقسامة وأما اذا كان معهما يذهب ويحجى فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالمت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة وقوله (ولو أن رجلاً معه جريح الخ) حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى أهله وله إذا قال في آخره وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسئلة القبيلة

وقوله (ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه) اعلم أن المصنف رحمه الله قال فديته على عاقلة لورثته عند أبي

(ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا تثنى فيه) لأن الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرًا وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم

لأن سلم أن الظاهر لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز أن يكون حجة لدفع القسامة والدية عن أهل المحلة ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم أن يكون هدرًا فلا بد في علم الفرق بين المستثنين من المصير إلى ما ذكره المشايخ من البيان ونقله صاحب العناية كما تحققته (قوله ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة) قال صاحب العناية اعلم أن المصنف قال فديته على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة ثم قال في دليسه وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمذلول ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنًا أشار إلى الأول في حكم المسئلة وإلى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فإن حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة بعم الصورتين قطعًا أي صورة أن كان عاقلة الميت عاقلة الورثة وصورة أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فامعنى تخصيص حكمها بالصورة الأولى بمجرد الإشارة إلى امكانها ثم إن تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى يقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلة على التقدير الثاني ولم يقدر على التقدير الأول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع أن يقال المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلة أي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل وينال صورتين معًا أماتناوه الصورة الثانية وهي أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر وأماتناوه الصورة الأولى وهي أن كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلا ن عاقلة وعاقلتهم إذا اتحد تبصير نسبهم إلى الورثة كما يصح نسبهم إلى الميت بل تكون نسبهم إلى الورثة أولى ههنا لأن الدار لما كانت حال ظهور القتل الورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فديته على عاقلة لورثته أي على عاقلة ورثته لأنه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لاله لأنه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم وإنما قال الدية على عاقلة بناء على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة وإن كان في موضع يختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الأصح وعلى قياس طريقة أن غير لولو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلة يجب أن تكون الدية على عاقلة القاتل كذا في المبسوط انتهى أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية الآن في تقريره أيضا شيئا من الركاكة فالأرجح ما قررناه من قبل تأمل ترشد (قوله) وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم) اعترض عليه بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فأنما وجبت

حنيفة رحمه الله ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمذلول ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنًا أشار إلى الأول في حكم المسئلة وإلى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فإن حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة بعم الصورتين قطعًا أي صورة أن كان عاقلة الميت عاقلة الورثة وصورة أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فامعنى تخصيص حكمها بالصورة الأولى بمجرد الإشارة إلى امكانها ثم إن تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى يقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلة على التقدير الثاني ولم يقدر على التقدير الأول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع أن يقال المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلة أي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل وينال صورتين معًا أماتناوه الصورة الثانية وهي أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر وأماتناوه الصورة الأولى وهي أن كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلا ن عاقلة وعاقلتهم إذا اتحد تبصير نسبهم إلى الورثة كما يصح نسبهم إلى الميت بل تكون نسبهم إلى الورثة أولى ههنا لأن الدار لما كانت حال ظهور القتل الورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فديته على عاقلة لورثته أي على عاقلة ورثته لأنه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لاله لأنه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم وإنما قال الدية على عاقلة بناء على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة وإن كان في موضع يختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الأصح وعلى قياس طريقة أن غير لولو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلة يجب أن تكون الدية على عاقلة القاتل كذا في المبسوط انتهى أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية الآن في تقريره أيضا شيئا من الركاكة فالأرجح ما قررناه من قبل تأمل ترشد (قوله) وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم) اعترض عليه بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فأنما وجبت

(قال المصنف ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة) أقول أي على عاقلة ورثته على تقدير المضاف وإنما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة الورثة مع عاقلة القاتل حتى لو اختلفت العواقل تكون على عاقلة الورثة كما صرح به المصنف في تقرير الدليل

بأنها يجب القتل حتى تقضى منها دينه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه بحب الدية على عاقلته وتكون ميراثه ثم أعلم بأنه صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسامة في دليل أبي حنيفة رحمه الله إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فإن القسامة لم تذكر في الأصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة فمنهم من قال لا يجب لأنها تختص بعلم بحال القاتل وليس ههنا من يعلمه فلا تلزم القسامة ومنهم من قال يجب لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من يعلم بحاله واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لأن وجوبها يستلزم وجوب الدية وما أطفاه مخبر بل الله تراه ولما (٤٠١) استشعر ورود مسئلة المكاتب

إذا وجد قتيلا في داره كالنقض على ما ذكرنا من الجواب بقوله لأن حال ظهوره الخ يعني انحصار دم المكاتب هدر الان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لأن الكتابة لا تنفسح إذا مات عن وفاء بل يقضى به ما عليه وإذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيلا نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدر بخلاف الحر فإنه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وإنما انتقل إلى ورثته فكان قتيلا وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية وقوله (ولو أن رجلين كانا في بيت) ظاهر وقوله (كما إذا وجد قتيلا في محلة) يعني أن توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا وقوله (قال المتأخرون)

بمخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيه يرد دمه (ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف بضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه) لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولا يوجب أن التناهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما إذا وجد قتيلا في محلة (ولو وجد قتيلا في قرية لأمرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الإيمان والدية على عاقبتها أقرب القبائل إليها في النسب وقال أبو يوسف على العاقلة أيضا) لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها فاشبهت الصبي ولهما أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لأننا نزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها قال هو على صاحب الأرض) لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم وأوجب بأنها يجب للقتول حتى تقضى منها دينه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه بحب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية وعليه أكثر الشراح أقول يرد على ظاهر هذا الجواب أنه يتأني ما ذكر في وضع جواب المسئلة فإن المذكور فيه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة ومقتضى جواب الاعتراض أن تكون دية له لورثته ويمكن دفعه بأن المراد بالذكور في وضع جواب المسئلة أن دية المقتول على عاقلته لورثته في نافي الحال أي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد أن كانت له أولا ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعز في كلمات الثقات ثم أقول في هنا إشكال قوي وهو أنه قد مر أن دعوى ولي القاتل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القاتل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لأن الدار كانت لهم حال ظهور القاتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه أيضا بتعمل فليتأمل وأجاب صاحب الغاية عن أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى أقول ليس هذا بشيء أما أولا فلأن الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الأنواع المخصوصة من المال كما تقرر في أول الديات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فديته على عاقلته لورثته لأن دية المقتول مجموع

(٥١ - تكمله فامن) أي من مشايخنا رحمه الله (إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة) يشير إلى أنها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجبي في المعاقلة إن شاء الله تعالى وإنما دخلت في هذه الصورة لأنها زلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت في العقل أيضا بخلاف غيرهما من الصور فإنها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل أيضا وقوله (لأنه أحق بنصرة أرضه) لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحب الأرض لا إلى أهل القرية والله سبحانه وتعالى أعلم

(قال المصنف وتهمة القتل من المرأة متحققة) أقول بخلاف لما مر في بيان قوله ولا قسامة على المرأة وأشار إلى كمال الجوابه في الدرس الثاني من المعاقلة

كتاب المعادل

لما كان موجب القتل الخطا وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد فذكرها وأحكامها في هذا الكتاب وقال (المعادل جمع معقلة) بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله (وكل دية) مبتدأ وقوله (على العاقلة) خبره وقوله (وجبت بنفس القتل) يعني ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح أو الإبوة فهي في مال القاتل لا على العاقلة وقوله (وقد ذكرناه) يعني الدية بتأويل العقل وقوله (وكذا الذي تولى شبه العمد) وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله وقوله (وفي إيجاب مال عظيم إحقاقه) فسر الإحقاق بقوله واستثنائه وقوله (انما قصر) يعني أن القاتل انما قصر حالة الرعي في الثبوت والتوقف وقوله (وتلك) أي القوة

كتاب المعادل

أقول كان الأولى أن يقال كتاب العواقل لأن المعادل جمع معقلة وهي الدية كما قال هو فكانه قال كتاب الديات فصارت تكرارا والعواقل جمع عاقلة وهو من يتصل الدية وهذا هو المناسب هنا كما لا يخفى (قوله) وهو الذي ضربه بالسوط الصغير) أقول وفيه بحث

كتاب المعادل

المعادل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماغ من أن تسفل أي تغسل قال (والدية في شبه العمد والخطا وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون) يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث جل بن مالك رضي الله عنه لا أولياء قوموا فندوه ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار والخطا في معذور وكذا الذي تولى شبه العمد تقرر إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه وفي إيجاب مال عظيم إحقاقه واستثنائه فيصير عقوبة فخصم إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لأنه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصار وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال (والعاقلة أهل الديوان ان كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرابات وهم الجيش الذين

ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم وأما ثانيا فلا ناله المذكور في الاعتراض المزبور وانما هو أن يكون الذين عقلا عنهم هم الذين عقلاوهم وهم الورثة كما ينادى عليه قول المعترض فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم لأن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال ان من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على أن العاقلة اذا كانت أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما صرح به ذلك المحجب تكون الورثة أيضا من وجبت عليهم الدية لأن الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم الاتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم بالنظر إلى الورثة لا بحالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

كتاب المعادل

أقول هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي أن يذكر العواقل بدل المعادل لأن المعادل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهذا مع كونه مؤديا إلى التكرار ليس بتمام في نفسه لأن بيان أقسام الديات وأحكامها قدر مستوفى في كتاب الديات وانما المقصود بالبيان هنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالمناسب في العنوان ذكر العواقل لأنها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطا وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الكتاب انتهى واقتنى أثره صاحب العناية أقول ليس ذلك بسديد لأن مداره أن يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها وليس كذلك فان محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل وانما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ولولا ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغي أن يذكر الباب أو الفصل ليكون المذكور هنا اذ ذلك شعبه من الديات بخلاف العواقل فانها أمر متغاير للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب وكأن ذنيل الشارح انما اغترأ بذلك المعادل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفا والوجه السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين أحكام القتل الخطا وتوابعه شرع في بيان من يجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها انتهى (قوله والدية في شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة) قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره أقول فيه خلل اذ لو كان الأمر كما قاله لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستأنفا مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطا كلاما تاما مستقلا أيضا فيلزم أن يكون قوله والدية

وقوله (كتب أسامهم في الديوان) الديوان الجريدة من دؤن الكتب (٤٠٣) اذا جمعها لانهم قطع من القراطيس

مجموعة ويروي أن عمر رضى الله عنه أول من دؤن الدواوين أي رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من أهل الديوان أي من أثبت اسمه في الجريدة وقوله (من عطاياهم) العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية والعطايا جمع عطية وهو معنى العطاء وقوله (وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولا نسخ بعده وقوله (بالحلف) الحلف بكسر الحاء العهد بين القوم ومنه قولهم نحلفوا على التناصر والمراد به ولاء السوالاة وقوله (والولاء) أي ولاء العتاقة وقوله (والعهد) هو من العهد وهو أن يعدفهم يقال فلان عهد بني فلان اذا عدفهم وقوله (فان خرجت العطاياي أكثر من ثلاث) أي ثلاث سنين أو أقل مثله أن تخرج عطاياهم الثلاث في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة أخذ منهم الدية فهاهنا وقوله (لحصول المقتصد) يعني أن المقتصد أن يكون المأخوذ منهم من الاعطية وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت في

كتب أسامهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على أهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضى الله عنه فانه لما دؤن الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحض من الصحابة رضى الله عنهم من غير تكبير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع القرابة والحلف والولاء والعهد وفي عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان فجعله على أهل اتباعه المعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالحلف فأهل الدية صلة كما قال لكن إيجابا فيها هو صلة وهو العطاء وأولى منه في أصول أموالهم والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبي عليه السلام ومحكى عن عمر رضى الله عنه ولان الاخذ من العطاء التخفيف والعطاء مخرج في كل سنة مرة (فان خرجت العطاياي أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود وتأويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبل بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما بين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل

مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطا خبره في صير المعنى والدية كائنة أو واجبة في شبه العمد والخطا وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية في شبه العمد والخطا مستدرا كالطائيل تحته ههنا اذا كون الدية واجبة في شبه العمد والخطا وقد ذكر مفصلا في أول كتاب الجنائيات وكتاب الذيات وليس له تعلق بكتاب المعاقل بفوت به المعنى المقصود ههنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطا على العاقلة اذ هذه الحية تبصر هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل والحق الصريح عندى أن قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطا صفة أى الدية الكائنة أو الواجبة في شبه العمد والخطا وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطا وقوله على العاقلة خبر المبتدأ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونه على العاقلة منسجما على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور أصلا ويحصل المعنى المقصود ههنا بلارب (قوله ولان الاخذ من العطاء التخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة) أقول في تمام هذا التعليل كلام لانه يجوز أن يكون العطاء الخارج في سنة واحدة أو في سنتين واقبا بن تمام الدية لكثرة آحاد العاقلة فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة أو سنتين فلا يفيد هذا التعليل المزبور المدعى وهو التقدير بثلاث سنين وأيضا يجوز أن لا تكون العطايا الخارجة في ثلاث سنين وافية بتمام الدية لقلة آحاد العاقلة فلا بد أن تؤخذ اذ ذلك من العطايا الخارجة في أكثر من ثلاث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الحية أيضا كما ترى نعم يفيد التأجيل مطلقا لكن المدعى هنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقا (قوله فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها المقصود) أقول فيه بحث وهو أن القياس كان يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم الممانلة بينهم ما الآن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به والشرع انما ورد بإيجابه مؤحلا بثلاث سنين فانه هو المروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكى عن عمر رضى الله تعالى عنه كما مر أنفا فينبغي أن يختص التأجيل بثلاث سنين اذ قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به وسيجي نظيره في الكتاب في تعليل أن ماوجب على القاتل في ماله كما اذا قتل الأب ابنه عمدا ليس بمحال عندنا بل مؤجل بثلاث سنين فقامس هل يمكن دفعه (قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة) قال صاحب معراج الدراية وفي بعض النسخ ولو خرج للقاتل أى العام القاتل وهو الواضح انتهى وتبعه الشارح العيني أقول كيف يكون ذلك هو

أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها وقوله (وتأويله) أى تأويل كلام المقدورى رحمه الله فانه أطلق ذكر السنين وانما يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل

يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولما أن القياس بأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه

وقوله (لماذا ذكرنا) إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء وقوله (وإذا كان جميع الدية) واضح وقوله (ولما أن القياس بأباه) أي القياس بأبي إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض والشرع ورد به أي بإيجاب المال مؤجلا في الخطأ فلا يتعداه فإن قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها

(قوله وقوله لماذا ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء) أقول ولعل الأظهر أن يكون إشارة إلى قوله لحصول المقصودة (قوله وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها) أقول يعني لا يترتب الحكم على الحكمة

الأصح حينئذ يلزم أن يكون قول المصنف معناه في المستقبل لغو محض لأن ما يخرج للعام القابل أي المقبل لا يكون إلا في المستقبل قطعاً فمعنى تفسير المراء بقوله معناه في المستقبل اللهم إلا أن يفرق بين خروج في العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعى إمكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بأن خرج العطاء في الماضي للعام القابل أي لأجل العام القابل بطريق تعجيل إعطاء عطية العام الآتي أيضاً المصلحة لكنه تعسف لا يخفى نعم في النسخة الأولى أيضاً كلام وهو أنه قال في جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الدية ولا شك أن كل الدية إنما يؤخذ من العطاء التي خرجت للعاقلة أجمعهم لا بما خرجت للقاتل فقط إلا أنه يمكن أن يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل أي لو خرج للعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة حينئذ ينظم جواب المسئلة كما لا يخفى (قوله يؤخذ منها كل الدية لماذا ذكرنا) قال الشراح قوله لماذا ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء أقول أراهم خرجوا شاعن سنين الصواب إذا اظهر أن قوله لماذا ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فينبذ لاجل أن يكون قوله المزبور إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء إذ لا تأنيراً لكون الوجوب بالقضاء في أن يؤخذ كل الدية من العطاء بالخارجة في سنة واحدة في مسئلتنا هذه بل إنما يكون قوله المزبور حينئذ إشارة إلى قوله لحصول المقصود فإنه يصلح أن يكون دليلاً عليه إذا كان كما لا يخفى على ذي مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلاً على قوله معناه في المستقبل لأصح جعل ذلك إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلاً على ما وقع ذكره من المصنف استطراداً وبالتبع وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو أصل المسئلة وهو مقصود بالذات هنا خالي عن الدليل بالكيفية مما لا تقبله الفطرة السليمة على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لماذا ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه أن يذكره متصلاً بقوله معناه في المستقبل (قوله وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين) أقول هذا الخبر يحتل إذا اظهر أن خبر ما في قوله وما وجب على العاقلة إنما هو قوله فهو في ماله إذ لو كان خبره في ثلاث سنين لم يكن للقاء في قوله فهو في ماله معنى بل لم يظهر لضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباط بمقابلته وهذا كله مما لا سيرة به عندهم له درجة بأساليب الكلام والقواعد الأدبية فإن كان خبر ما قوله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام فإن ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بل لأرب فالحق في تحرير المقام أن يقال وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل في ماله بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ثلاث سنين (قوله ولما أن القياس بأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه) قال صاحب العناية في شرح قوله أن القياس بأباه أي القياس بأبي إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح أما أولاً فلأنه لو كان معنى قول المصنف أن القياس بأباه هو أنه لا يقتضيه لما أثبت دليلنا المذكور ههنا مدعائنا فإن إيجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفاً للقياس لأن عدم اقتضاء القياس أي ليس باقتضاء لعدمه والخالفه إنما يتحقق في الثاني دون الأول فإذا لم يكن ذلك مخالفاً للقياس لم يلزم من ورود الشرع بإيجاب المال في الخطأ مؤجلا أن لا يتعدى غيره لأن الذي لا يتعدى موارده إنما هو

وقوله (لان الواجب الاصلى المتسل) لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لمافسه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء (فيعتبر ابتداءها من وقته) أى من وقت القضاء (كفى ولد المغرور) فان قيمته انما تجب بقضاء القاضى وان كان رد عينه قبل القضاء معذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا هو ذلك الولد قبل (٤٠٥) القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود

من قبل بقوله لان الواجب بالقضاء على ما بين وقوله (وهذا) أى قول القدورى رحمه الله لا يتراد الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها (اشارة الى انه يجوز ان يتراد على أربعة من جميع الدية) فاذا أخذ من كل واحد منهم فى كل سنة ثلاثة وأربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة وأثنا عشر وليس كذلك فان محمد رحمه الله نص على انه لا يتراد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الادرههم أو درهم وثلاث درهم وقوله (وهو الاصح) احتراز عما ذهب اليه بعض مشايخنا رحمه الله مما فهم من اشارة كلام القدورى ذكر فى المسبوط وقال ذلك غلط وقوله (ضم اليهم أقرب القبائل معناه نسباً) قالوا هذا الجواب انما يستقيم فى حق العرب لان العرب حفظت أنسابهم فامكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب

ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا بالجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته كفى ولد المغرور قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقبته قبيلته) لان نصرته بهم وهى المعتبرة فى التعاقب قال (وتقسم عليهم فى ثلاث سنين لا يتراد الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها) قال رضى الله عنه كذا ذكره القدورى رحمه الله فى مختصره وهذا اشارة الى انه يتراد على أربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على أنه لا يتراد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الادرههم أو درهم وثلاث درهم وهو الاصح قال (وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل) معناه نسباً لكل ذلك المعنى التخفيف ويضم الاقرب فالأقرب على ترتيب العصابات الاخوة ثم بنوهم ثم الاغمام ثم بنوهم وأما الآباء والابناء فقبل يدخلون لقرتهم

ما يخالف القياس كما نقرر فى علم الاصول وأما ثانياً فلانه ان أراد بقوله وهى أى حجج الشرع لا تتناقض أن يحجمه المعمول بها لا تتناقض فسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور فى اقتضائه عدم ايجاب المال بعقوبة النفس وان أراد به أن حجج الشرع لا تتناقض مطلقاً أى سواء كانت معمولاً بها أو لا فمنوع وكيف وقد وضعوا فى كتب الاصول بابا للمعارضة بين الأدلة الشرعية والترجيح وبينوا أحكام ذلك على التفصيل والعجب من الشارح المزبور أنه رفض هنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة أصلاً ثم قال ذاك الشارح فان قيل هذا ليس فى معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو فى معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء أقول ان قيد الابتداء فى قوله وجب بالقتل ابتداء ينافى ما مر منه فى أول كتاب المعاقلة فانه لما قال فى الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره فى شرح قوله وجبت بنفس القتل يعنى ابتداء وقالوا يحتز به عن دية تجب بسبب الصلح أو الأبوة فى القتل الممد فانها فى مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المناقضة غير خاف على دى مسكة (قوله ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا بالجزء بالكل) أقول قد مر فى كتاب الجنائيات انه اذا قتل جماعة واحد اعدا اقتض من جميعهم وقالوا فى بيان وجهه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزأ بجاء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحمية فوجب القصاص على جميعهم فلقائل أن يقول هنا فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحد اخطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كفى الممد بناء على أن القتل لا يتجزأ وقد مر فى كتاب الديات أنه قد روى أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليست فى الفرق (قوله وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المتسل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته) قال الشراح فى بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل

أما فى حق الجحى فلا يستقيم لان الجحى ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسباً بعد ذلك (قال المصنف لان الواجب الاصلى المتسل والتحول الى القيمة بالقضاء) أقول بل الواجب الاصلى الدية قال الله تعالى ودية مسلمة الى أهله فليس التحول اليها بالقضاء فان القضاء قضاء الله تعالى لا حكم الاحكامه (قال المصنف ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقبته قبيلته لان نصرته بهم) أقول أى بالقبيلة ويحتمل أن الباء للابسة والمعنى لان نصرته القبيلة لمقتبسة به (قوله مما فهم من اشارة كلام القدورى) أقول من للنشئة فى قوله مما

اختلف المشايخ رزقهم الله فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله (فيسوى بين الكل) يعني الآباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المواساة وقوله (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للقائلة والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر

(قوله قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للقائلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة) أقول فيه بحث لانه لا يلائم قوله وان كان لهم أرزاق فتأمل (قال المصنف ثم ينتظران كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة) أقول في المغرب الرزق ما يخرج الجندى عن رأس كل شهر وقيل يوما بيوم والمرتبة الذين يأخذون الرزق يوما بيوم وان لم يشتهوا في الديوان وفي مختصر الكرخي العطاء ما يرض للقائلة والرزق للفقراء انتهى

وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثران وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم اليهم أقرب الرايات يعني أقربهم نصرة اذا خربهم أمر الاقرب فالأقرب ويفتقر ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك ان خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكننا نقول هي أحط رتبة منها ألا ترى انها لا تؤخذ من أصل المال فينتقص منها تحقيقه لزيادة التخفيف (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم - في ثلاث سنين في كل سنة الثلث) لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينتظران كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة أشهر يخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بمحضته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بمحضته الشهر وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه أيسر اما لان الاعطية أكثر أولان الرزق لكفاية الوقت فيتغير الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم

النفس النفس الا أنه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخطأ في تحول الحق بالقضاء الى المال انتهى أقول فيه نظر لانهم ان أرادوا أن ضمان المتلفات مطلقة حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ انما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبته مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ فتحرير رقبته مؤمنة ودية مسلمة الى أهله لا لقتل القاتل بما لا بد له من نعم ان قوله تعالى فاعتدوا عليه بمنزل ما اعتدى عليكم كان بقتله باطلا فانه ان يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطأ ايضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ مخصوصا منه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبته مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ولما خص به من ذلك كان وجوب الدية في القتل خطأ مخصوصا عليه من قبل رب العزة ثابتا قبل القضاء بل قبل أن يخالف القاضي وان أرادوا أن ضمان المتلفات ما عدا النفس انما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه كما لا يخفى

(قوله وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثران) أقول فيه كلام وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم وأما عدم كثرة الأبناء فكثرة الاخوة فمنوع كيف واخوته أبناء أبيه فاذا جاز أن يكثر أبناء أبيه فلم لا يجوز أن يكثر أبناء نفسه فتأمل (قوله وان كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهما صلة من بيت المال) قال تاج الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للانسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى أقول تفسير العطاء بما ذكره لا يلائم مسئلة مررت فيما قبل وهي قوله ولو خرج للقائل ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فان المفهوم منها جواز أن يفرض لرجل عطاء في كل سنة من الثلاث فتخرج له في سنة واحدة ثلاث عطايا والظاهر من التفسير المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة نعم يلائم قول المصنف قيل تلك المسئلة والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فالذي يمكن في التوفيق أن يحمل قول المصنف والعطاء يخرج في كل سنة مرة

قال (وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كالحدهم) لانه هو الفاعل فلا معنى لاجراجه ومؤاخذه غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا بالجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا يجب الكل بحاق به ولا كذلك إيجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبرء منه أولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى (وليس على النساء والذرية من كان له حظ في الديوان عقل) لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية

واحدة وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الاكثر الاغلب وقوعا ومثل هذا ليس بعز في المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذ لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم أرزاق وأعطيت فرضت الدية في أعطياتهم دون أرزاقهم فعلم بذلك أن الرزق يفرض للقاتلة أيضا انتهى أقول ان صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين من المغرب أحدهما موضع بيان الرزق والثاني موضع بيان العطاء فقال في الاول الرزق ما يخرج للجندي عند رأس كل شهر وقيل يوما بيوم ثم قال وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للقاتلة والرزق للفقراء وقال في الثاني العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية وأعطيات وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفي شرح القدوري في العاقلة الدية في أعطياتهم ثلاث سنين فان لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية في أرزاقهم وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذ لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الاول بقوله ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر وإنما يرد على ما نفى له من شرح القدوري بقوله وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذ لم يكونوا مقاتلة وهو ليس عرضي عند صاحب المغرب فنسبة ذلك القول الى صاحب المغرب نفسه وإيراد النظر عليه ليس كما ينبغي والعجب ههنا من صاحب العناية أنه خص بالذكر من بين ما ذكرنا في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيئا يدفعه مع ظهور أن المسئلة الآتية في الكتاب بقوله وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق بأي ذلك القول جدا (قوله وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كالحدهم) قال صاحب النهاية أعلم أن القاتل إنما يكون كالحدهم العواقل في أداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من أهل العطاء في الديوان وأما اذ لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضا لان الدية تؤخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتنى أثره في تقييد هذه المسئلة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب العناية أقول هذا مشكل عندى اذ قد مر في الكتاب أن من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرتهم هي المقبولة في التعاقل ولا شك أن قبيلة من لا يكون من أهل العطاء في الديوان قد لا تكون هي أيضا من أهل العطاء في الديوان وقد مر أيضا أنهم ما زالوا كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالحلف فأهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الاعطيات في تعليل قوله وأما اذ لم يكن

وقوله (وأدخل القاتل مع العاقلة) يعني اذا كان القاتل من أهل الديوان أما اذ لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا أيضا كما لا يجب عند الشافعي رحمه الله قال (وليس على النساء والذرية من كان له حظ في الديوان عقل) كلامه واضح (قال المصنف قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى) أقول قال القاضي في تفسيره أى ولا تتحمل نفس آتية اثم نفس أخرى وقال القاضي في تفسير سورة الانعام جواب عن قولهم اتبعوا سبيلنا ولا تتحمل خطاياكم انتهى فعلى هذا لا يتجه التمسك بها في هذا المقام لاثبات الملازمة وأما المصنف لم يحمل على هذا المعنى بل قال أى لا تتحمل نفس حاملة حمل نفس أخرى فاستدل بها فيلزم النسخ أو التخصيص

وقوله (وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لاشئ عليهم ما من الدية) قيل انه يتناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبل المعاقلة فيما اذا وجد القاتل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة له وليس يصحح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تفرد قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلا لا يجب عليها شئ منه وهي قاتلة تقدير أولى لاننا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق المأزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب ينفي على إيجاب القسامة عليهم وفي ذلك تناقض لانه قال قيل هذا ولا قسامة على صبي الى أن قال ولا امرأة وعبد وقال ههنا ولو وجد قاتل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض البتة فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وان (٤٠٨) لم تكمل أهل المحلة خمسين كسرت الايمان ومعناه لا يكمل أهل

المحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمن على أهلها أو أباها فالتقتيل وجد في قريةها فيجب عليهم انفي القسامة القتل فانها تتحقق منها ويتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على جماعة تعلل بالنصرة فمن كان أهلاً لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعلل بتممة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا تدخل المرأة والله أعلم قوله (والفرض لهما من العطاء) جواب عما يقال فرض الامام لنساء الغزاة وذرائعهم من العطاء والعطاء انما يدفع بنصرة أهل الاسلام كافي حق

وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لاشئ عليهم ما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جز من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصرف نفسه وهذا لا يوجد جدهم ما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهم (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به أنه اذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب اليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لانهم أتباع لأهل مصر فانهم اذا خربهم أمر استنصرهم فليس فيهم يعقلهم أهل مصر باعتبار معنى القرب في النصرة (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لانه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل أن الاستنصار بالديوان أنظر فلا ينظر معه حكم النصرة بالقربة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقلة (ومن جنى جناية من أهل مصر وليس له في الديوان عطاء

من أهل العطاء فلا يجب عليه شئ من الدية عندنا أيضاً يلزم أن لا يجب الدية على العاقلة أيضاً فيما اذا لم يكن القاتل ولا عاقلة من أهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات هناك لافي حق القاتل ولا في حق عاقلته واللازم باطل لا محالة فان وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطا وشبهه العمد يجمع عليه فاذا وجب عليهم الدية البتة ينبغي أن يجب على القاتل أيضاً شئ منها وان لم يكن من أهل العطاء للعلة التي ذكرت في الكتاب وهي أن القاتل هو الفاعل فلا معنى لخرجه ومؤاخذه غيره فتدبر (قوله وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لاشئ عليهم) قال صاحب النهاية ان قوله هنا لا يجب على المرأة شئ من الدية وان كانت هي القاتلة بخلاف المسئلة التي ذكرها قبل كتاب المعاقلة فيما اذا وجد القاتل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وليس يصحح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تفرد قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلا لا يجب عليها شئ منها وهي قاتلة تقدير أولى لاننا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق المأزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فإنه قد

وأهل

الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذلك النساء ووجه ما قاله ان الدفع اليهن باعتبار المعونة أي معونة الامام لهما لا باعتبار نصرتهم ما غيرهما

(قوله وهي قاتلة حقيقة) أقول الواو الحالية (قوله أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء) أقول فيه بحث ألا يرى أنه لا يجب على تلك المرأة دية على رواية الأصل بل أدخلها المتأخرون في تحملها مع العاقلة (قال المصنف والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام) أقول قال الاتقاني بيانه أن بيتهم متصل لمعاونة الجند بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك ولا تصلح للنصرة لضعفهما فكان الفرض للمعونة لا للنصرة ويجوز أن يقال الفرض لهما من الامام على سبيل العون لهما كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصرة منهم لغيرهم فلم يدل فرض العطاء للنصرة انتهى والتشبيه في قول المصنف كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الاول في كون الفرض لا للنصرة لافي كونه للمعونة كما لا يخفى

وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط أن يكون
بينه وبين أهل الديوان قرابة قيل هو صحيح لأن الذين يذنون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم
و يدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء وقيل تأويله إذا كان قريبا
لهم وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر وهذا لأن الوجوب
عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصارت نظير مسئلة الغيبة
المنقطعة (ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر) لأن أهل العطاء لا ينصرون
من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم (وان كان
لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فدينه على عاقلة بمنزلة المسلم) لأنهم التزموا
أحكام الاسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم
(وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه) كما في حق المسلم لما
بيننا أن الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة أن لو وجدت فاذ لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجر
مسلمين في دار الحرب قتل أحدهم ما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لأن أهل دار الاسلام لا يعقلون
عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر
لا يستلزم الدية انتهى أقول فيه تطرل ان استلزام القسامة وجوب الدية على القسم عندنا ما بالاستقلال
أو بالدخول في العاقلة بالاستقرار ممنوع فانه اذا وجد القاتل في قرية امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد يجب
عليها القسامة ولا يجب عليها شيء من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر في غاية البيان
والكفاية وغيرهما والمتأخرون وان قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسئلة
الا أن تعدلهم اياها بقولهم لاننا نأثرنا هاتفتة والقائلة تشارك العاقلة كما مر في الكتاب قيل كتاب
المعقل بأبي الفرس بين القاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة بل يقتضى قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقة
والالا يتم تعليلهم المذكور لعل في قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق فالحق
في التوفيق بين المسئلتين المذكورتين في المقامين ما ذكره سائر الشراح فانه قال في الكفاية هذا يخالف
ما ذكره قبيل المعقل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل في تحمل مع العاقلة الا أن ذلك ليس بأصل
الرواية وانما هو اختيار بعض المتأخرين وما ذكرهنا هو اختيار الطحاوي وهو الاصح وهو أصل رواية
محمد انتهى وقال في معراج الدراية هذه المسئلة تخالف لما مر قبيل كتاب المعقل أنه لو وجد قاتل في
دار امرأة أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين الا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن
المرأة لا تدخل في العاقلة في صورة من الصور انتهى وقال في غاية البيان فان قلت قدم قبيل كتاب
المعقل أن القاتل اذا وجد في قرية امرأة تجب القسامة عليها والدية على عاقلة عند أبي حنيفة ومحمد
وذهب المشايخ المتأخرون الى أنها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا قلت غمنا أيضا
لأننا نشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد وانما استحسن المتأخرون في تلك المسئلة خاصة
انتهى ثم قال صاحب العناية فان قلت هذا الجواب ينتهي على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض
لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى أن قال ولا امرأة ولا عبيد وقال ههنا لو وجد قاتل في قرية
لا امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرار الايمان وذلك تناقض التمساة فالجواب أن ذلك
مذكور في سياق قوله وان لم يكمل أهل الحلة نجسين كرت الايمان فعناه لا يكمل أهل الحلة نجسين من
الصبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها وما هنا فالقتل وجد في قرية
فتجب عليها انفيالتهمة القتل فانها تتحقق منها وتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على الجماعة تهمل
بالنصرة فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعطل

وقوله (وأهل البادية أقرب
إليه) يعني نسبا وقوله (قيل
هو صحيح) الضمير راجع
الى قوله لم يشترط أن يكون
بينه وبين أهل الديوان قرابة
وقوله (من أهل المصر)
بيان لقوله أهل الديوان أى
أهل الديوان الذين هم من
أهل المصر وقوله (وصارت نظير
مسئلة الغيبة المنقطعة)
يعنى أن الولي لا يبعد أن
يزوج اذا كان الاقرب غائبا
وقوله (لا سيما في المعاني
العاصمة) كعدم القذف
والسرقة والقصاص ووجوب
الدية وقوله (فالدية في ماله
في ثلاث سنين) أى لعل
بيت المال لان النصرة
الموجبة للعقل غير موجودة
بين الذي والمسلمين لانقطاع
الولاية بيننا بخلاف المسلم
فان دينه على بيت المال
اذا لم يوجد له عاقلة على
ظاهر الرواية وسيجيء وقوله
(وتمكنه من هذا القتل ليس
بنصرتهم) أى ليس بسبب
نصرة أهل الاسلام اياه
وقوله (لعدم التناصر) لان
التعاقل ينتهي على الموالاة
وذلك لعدم عند اختلاف
الملة قال الله تعالى والذين
كفروا بعضهم أولياء بعض

والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله مله واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعادة فيما بينهم ظاهرة أما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهكذا عن أبي يوسف لا نقطع التناصر ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فقول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة وصار كما اذا حوّل بعد القضاء ولنا أن المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل إلى المال وكذا الوجوب على القاتل وتحمل عنه عاقلته وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لأن الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطائه بالبصرة

بثمة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا قد دخل المرأة إلى هنا كلامه أقول فيه أيضا نظروا أما أول فلان كون ذلك مذكورا في سياق قوله وان لم يكمل أهل المحلة تحسبن كررت الإيمان ممنوع بل ذلك مسألة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال اذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة تحسبن من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لاني صلاحيتهم للقسامة مطلقة أي سواء كانوا من ضمنين إلى الغير لتكميل التحسبن أو كانوا منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين إلى الغير من تركوا بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة اذ الفرض أن عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام إلى الغير لتكميل التحسبن لا يستلزم عدم الصلاحية لها حال الانفرد اذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى وأما نائبا فلان ما ذكره من أن القسامة اذا وجبت على الجماعة تعال بالنصرة واذا وجبت على الواحد تعلل بثمة القتل من عند ديانه لا يساعده العقل ولا النقل أما عدم مساعدة العقل فلان كل واحد من ترك النصر واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعليل احدهما بالاول والاخرى بالثاني دون العكس أو الجمع تحكيم بحيث وأما عدم مساعدة النقل فلانهم كانوا يعقلون وجوب القسامة والدية مطا بقابل واحدة من العامين المذكورين كما لا يخفى على من راجع المعتبرات وقدمت الإشارة إلى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر (قوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله مله واحدة) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب انتهى أقول بأبي هذا الجواب قول المصنف هناك فلا عاقلة بعد قوله انهم لا يتعاقلون فيما بينهم لان التكرار المنفي نفيد العموم على ما عرف فالاولى في الجواب أن يقال المراد هناك في الوقوع أي لم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد هنا بيان الجواز أي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف مللهم تبصر (قوله ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فقول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضي على عاقلته من أهل البصرة) أقول لقائل أن يقول قد مر في أوائل كتاب المعاقلة أن العاقلة انما خصوا بالضم إلى القاتل في ادعاء الدية لان القاتل انما قصر لقوة فيه وتلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكأنوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القاتل من أهل الكوفة كما ذهب إليه زفر لان الجناية انما صدرت عنه حال كون عاقلته أهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدورها عنه انما كانت بانصاره الذين هم أهل الكوفة والتقصير في مراقبته وقتئذ انما وقع منهم اذ لا شك أن عهد المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على أهل البصرة فكان ينبغي

وقوله (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) ظاهر الالفاظا نذكرها وقوله (وعاقلته أهل الكوفة) الواو للمحال وقوله (لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة) يعني وان كان بعد القضاء

قال المصنف (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم) أقول مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب (قال المصنف فاذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء) أقول فيه أن يتحمل العاقلة لتقصيرهم في تركهم مراقبته على ما مر غير مرة وهذا التقصير انما وقع من أهل الكوفة فينبغي أن تجب عليهم

بمخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب لان في النقل
ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير بالحكم
الاول لا بطلانه وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى
استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ولو كان قضى به على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم
وكذا البدوي اذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء
على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في
أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم وان كان قضى بها
أول مرة في أموالهم لانه ليس فيه نفق القضاء الاول لانه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم
أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الاموال أداء والاداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل
العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فينشد
لا يتحول الى الدراهم أبد المافيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه أيسر
قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم
قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) لانه ولا يعتنصر به فأنشبه ولا العنافة وفيه خلاف
الشافعي وقد مر في كتاب الولاء

أن يقضى بالدية عليهم لا على أهل البصرة ويمكن الجواب بان ما ذكره نالك حكمة أن خصت العاقلة
بالضم الى القاتل في تحمل الدية لاعاقته وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى في الجنس لاني كل فرد كافى
الاستبوا في الكفر فلا يقدح عدم عشية ما ذكره نالك في مسئلتنا هذه فان ملأ الامر في تمام جواب
المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله ولنا أن المال انما يجب عند القضاء الخ ولا محالة أنه يقضى
أن يقضى بالدية على أهل البصرة لا على أهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لاقبله وكان
ديوان القاتل متحولاً الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضى بالدية على أهل البصرة فانهم لم يكونوا
عاقلة القاتل وقت القضاء ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها للقضاء فلا
بدأن يقضى بها على من هو عاقلته وقت الوجوب بتحقيق التخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيهما
(قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب الخ) قال
بجاءة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق
بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضي قضى
بدينه على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم أقرب
القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى
أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم
تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير بحكم الاول لا بطلانه انتهى أقول مقدمتهم القائلة
مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل مع كونها مستدركة في
بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد الى
أحد قط بل انما فيه تكثير المتحملين لما قضى به عليهم ولا شك أن التكثير يغير النقل بل يتأهله وعن
هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين ان في النقل ابطال حكم الاول وفي الضم تقرير بحكم
الاول لا بطلانه ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين
المذكورتين ان أمر النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل تقف

وقوله (بخلاف ما اذا قلت العاقلة) متعلق بقوله
بمخلاف ما بعد القضاء ومعناه
لا يقضى بالدية على عاقلته
من أهل البصرة اذا كان
القاضي قضى بدينه على
عاقلته من أهل الكوفة
بمخلاف ما اذا قلت العاقلة
بموت بعضهم حيث يضم
اليهم أقرب القبائل في النسب
وان كان بعد القضاء مع أن
فيه أيضاً نقل الدية من
الموجودين وقت القضاء الى
أقرب القبائل وقد ذكر
الفرق بينهما بقوله لان في
النقل ابطال حكم الاول
فلا يجوز بحال وفي الضم
تكثير المتحملين لما قضى به
عليهم فكان فيه تقرير
بحكم الاول لا بطلانه وقوله
(لكن يقضى ذلك) أي
الابل من مال العطاء بان
يشترى الابل من مال
العطاء قال (وعاقلة المعتق
قبيلة مولاه) كلامه واضح

قال المصنف ومولى الموالاة
يعقل عنه مولاه وقبيلته
أقول لا بد على قول من
يقول لا يدخل الالباء
والابناء في العاقلة لانهم
لا يكثر من الفرق بين
المولى وبينهم واعل التزامه
لاداء الدية في العقد هو
الفارق ولا حل ذلك لم يعقل
في المعتق مولاه وقبيلته
اذ لا التزام بالعقد فيه تأمل

وقوله (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية) لان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الاموال قبل هذا اذا كانت الجناية فيما دون النفس فأما بدل النفس فتحملة العاقلة وان كان أقل من نصف العشر ألا ترى أن القبيصة اذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم وان كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لانهم ابدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة ونجسون درهمها فانه تحمله العاقلة لان تحمله بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر التحمل فيما دون النفس مقدارا لم يوجد في التحمل لا النص ولا علة فيجب في ماله وقوله (ولا عبدا) قال أبو عبيد اختلافوا في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا (٤١٣) فقال لي محمد بن الحسن رحمه الله انما معناه ان يقتل

قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف العشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوف فاعليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء الا أن تركناه بما روينا وبما روى أنه عليه السلام أوجب أرش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فسادونه بذلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذ بالقياس

العبدا حرا فليس على عاقلة مولا شيء من جنابة عمده انما جنابته في رقبته أن يدفعه الى الجاني عليه أو يقديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنبا عليه بقتله حر أو يجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما معناه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى بطريقه على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جازا يذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبدا ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلاب العرب يقال عقلت القتل اذا أعطيت دية وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فأعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بأن عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وساق الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم

قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا لان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف وعلى هذا فقول بعد هذا (قوله وقوله ولا عبدا قال أبو عبيد اختلافوا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال لي محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حرا الخ) أقول قال الاتقاني واحتج محمد في ذات شيء روى عن ابن عباس قال محمد حدثني عبد الرحمن بن أبي زياد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك قال محمد ألا ترى أنه قد جعل الجنابة جناية المملوك (قوله وأجيب بأن عقلته يستعمل الخ) أقول فيه بحث اذ يجوز أن يكون المعنى لا تعقل العاقلة من قتل عمدا ولا من صولح عن دمه ولا من اعترف بقتله فان الخصم يذهب الى أن المعنى ذلك

(ولا تعقل العاقلة جنابة العبد) إضافة المصدر الى فاعله وأما اذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة وقوله (والاقرار والصالح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) الآن في الاقرار تجب الدية في ثلاث سنين وفي الصلح عن العديب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون مؤجلا وقوله (ففي الثابت بالاقرار أولى) يريد أن الثابت بالبيعة أولى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي السئل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى (٤١٣) وقوله (وتصادقهما محجة في حقهما) لان

أحد المتصادقين ولي القتل ومن زعمه أن الدية انما وجبت لاعلى المقر فاقارره محجة على نفسه وقوله (بخلاف الاول) أراد به قوله والاقرار والصالح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار في مال المقر وانما وجبت الدية هناك في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فوجب في مال المقر ضرورة فان قيل لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلة بقضاء القاضي فاذا توى على العاقلة بمحجودهم عاد الدين الى ذمة المحيل أوجب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فيه مما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول اليه بمحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف

قال (ولا تعقل العاقلة جنابة العبد ولا يلزم بالصلح أو باعترافي الجاني) لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصالح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال (الآن يصدقوه) لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولا ية على أنفسهم (ومن أقرب يقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى) لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبيعة في الثابت بالاقرار أولى (ولو تصادق القاتل وولي الجنابة على أن قاضى بلد كذا قضى بالدية على عاقلة بالكوفة بالبيعة وكذاهما العاقلة فلا شيء على العاقلة) لان تصادقهما ليس بمحجة عليهم (ولم يكن عليه شيء في ماله) لان الدية تصادقهما ما تقرر على العاقلة بالقضاء وتصادقهما محجة في حقهما بخلاف الاول (الآن يكون له عطاء معهم فيئذ يلزمه بقدر حصته) لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال (واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلة قيمته) لانه بدل النفس على ما عرف من أصلنا وفي أحد قولي الشافعي تجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت

ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حر فليس على عاقلة مولاه شيء من جنابة عبده انما جنابته في رقبته أن يدفعه الى المجنى عليه أو يفديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنبا عليه يقتله حر أو يجرحه فليس على عاقلة لجاني شيء انما غنائه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الأصمى في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جازا يذهب الى أنه لو كان الممضى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبده ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الأصمى ان في كلام العرب يقال عقلت القتل اذا عطيته دينه وعقلت عن فلان اذا الزمته دية فأعطيته اعنسه قال الأصمى كتبت أبا يوسف القاضي في ذلك بمحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلت وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بان عقلت يستعمل في معنى عقلت عنه وسبق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عبدا وسبقه وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عبدا وعن صلح وعن اعترافا كذا في العناية أقول الجواب محل الكلام ان الخصم أن يمنع كون معناه ما ذكره يقول بل معناه لا تعقل العاقلة من قتل عبدا بصيغة المجهول ومن صلح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول أيضا فيؤول المعنى في الكل الى معنى عقلت القتل لا الى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب الزاما (قوله لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبيعة في الثابت بالاقرار أولى) قال صاحب العناية يريد أن الثابت بالبيعة أقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى وقال واعمل الاولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبيعة يلزم الدية على العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحققة التخفيف في الثابت بالاقرار أولى يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليستأمل انتهى أقول ليس ما قاله بسديد اذ ليس

(قوله وفي القتل معاينة الدية) أقول ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى ولعل

الاولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبيعة تلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحققة التخفيف في الثابت بالاقرار أولى أن يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليستأمل (قوله فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار الخ) أقول الفهم منه بعيد ولعل المراد به قوله ومن أقرب يقتل خطأ الى قوله قضى عليه بالدية في ماله (قوله أوجب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله دينا لدفع التوى الخ) أقول قوله لدفع متعلق بقوله يستقيم

ومادون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي أحد
قوله العاقلة تحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال أصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت
المال لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ولهذا الوما كان ميراثه
لبيت المال فكذلك ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه
أن الاصل أن تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا أن العاقلة تحمله تحقيقا
للتخفيف على ماله واذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل (وابن الملا عنة تعمله عاقلة أمه) لان
نسبه ثابت منها دون الأب (فان عقولوا عنه ثم ادعاء الأب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب في
ثلاث سنين من يوم يقضى القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب) لانه تبين أن الدية واجبة عليهم لان

وقوله (وقدم من قبل)
أخفى أول فصل بعد باب
جناية المملوك وقوله (قال
أصحابنا وجههم الله ان
القاتل اذا لم يكن له عاقلة
فالدية في بيت المال) يعني
اذا كان القاتل مسلما بدليل
قوله لان جماعة المسلمين هم
أهل النصره والنصرة بالولاية
وهي منقطة بيننا وبينهم
وبالباقي ظاهر

كلام المصنف هنا أصالة في الدية ولا في التأجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التأجيل في القتل
الخطا اذ قد علم في كتاب الجنابات وفي كتاب الديات وفيما مر غير مر في كتاب المعاقلة وانما الكلام ههنا
أصالة في كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار ولهذا أقصر المصنف البيان عليه في تعليل
هذه المسئلة وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الاولى أن يقال الخ انما يفيد كون الدية مؤجلة الى
ثلاث سنين في هذه المسئلة لا كون التأجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود
البيان هنا هو الثاني دون الاول وأما ما ذكره صاحب العناية فيقيده الثاني لانه قال وفي القتل معاينة
انما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا أولى وهذا ثبت كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار
لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتأجيل الدية
فرع وجوبها لا محالة انما يتصور التأجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في المبسوط كما نقل
عنه في النهاية والتأجيل فيه من وقت القضاء لان وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون
أقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعين الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى (قوله
ومادون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف) أقول فيه
كلام وهو أنه ان كان مراد المصنف بقوله على ما عرف ما ذكره في باب القصاص فيما دون النفس في
تعليل أن لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدن عندنا
بقوله ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التسايل بالتفاوت في القيمة كما صرح به
صاحب الغاية حيث قال هنالنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العمد
بين طرف الحر والعبد فلا تحمله العاقلة كطرف البهمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس
وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى ينتقض حينئذ ما ذكره في تعليل مسئلة هنا هذه بتعمل العاقلة
مادون النفس من الحر الى مادون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور هنا يجري هناك أيضا مع تخلف
الحكم عنه وان كان مراده ما ذكره في فصل بعد باب جناية المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس
من العبد هي المالبسة دون الأدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر في اتلافها هي الأدمية دون
المالبسة عندنا جاز أن لا ينتقض ما ذكره هنا بتحمل العاقلة مادون النفس من الحر الى مادون نصف
عشر الدية اذ لم يصرح أحد بسقوط اعتبار الأدمية في أطراف الحر بالكلية الا أنه لا يتم الدليل
المذكور هنا حينئذ على أصل أبي حنيفة فانه يعتبر المالبسة والأدمية معا في أطراف العبد وانما يتم
هذا على أصل أبي يوسف ومحمد فانهم لا يعتبران الأدمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله في الفصل
المزبور في بيان مسئلة من فقهاء عيني عبد انسان والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا فلا معنى
لان يبنى دليلها على أصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يتخلو المقام على ككل حال عن نوع من
الاضطراب كما ترى (قوله وفي أحد قوله تحمله كما في الحر وقد مر من قبل) قال صاحب الغاية أي

وقوله (ثم أدبت الكتابة) أي فانه حينئذ يرجع قوم الام على الاب وقوله (والاصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاه بسبب حادث لم تنتقل جنانيته عن الاولى قضى بها القاضي أولم يقض) كالمولودين عبد وحره اذا جنى ثم اعتق العبد لا يتحول الجنانية عن عاقلة الام لان ههنا تبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالى الام الى موالى الاب وكالغلام اذا حفر بئر اقبل أن يعتق أبوه ثم سقط في البئر رجل بعدما اعتق أبوه فان القاضي (٤١٥) يقضى بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذلك شي لان

الحادث بعد الحفر ولاه العتاقة فيعتبر بالملك الحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر للحفر قبل الوقوع فان الجنانية لا تنتقل الى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بئر في طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبيل أن يقع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان فبات فالضمان على البائع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا يتحول الجنانية وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاءنة حولت الجنانية الى الأخرى وقمع القضاء بها أولم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب وكذا اذا مات المكاتب عن ولده وفاء فلم يؤد وماكانت عليه حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنانيته قوم أمه ثم أدبت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما أدوا على عاقلة

عند الا كذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالا كذاب ومضى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء له ولده حفر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أدبت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم أمه من وقت حرة الاب وهو آخر جزم من أجزاء حياته فيبين أن قوم الام عاقلة عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبيًا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الأمران كان الأمر ثبت بالبينة وفي مال الأمران كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضي على الأمر أو على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضى الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاه بسبب أمر حادث لم تنتقل جنانيته عن الاولى قضى بها أولم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاءنة حولت الجنانية الى الأخرى وقمع القضاء بها أولم يقع ولولم يختلف حال الجناني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلم يهاز بآدة أو نقصان اشترى كوا في حكم الجنانية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أدائه فمن أحكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخرج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد

في أول فصل بعد باب جنانية المملوك واقتنى أثره في هذا التفسير صاحب العناية والشارح العميق ولم يتعرض لنفسه بذلك أصلا سائر الشراح أقول لو كان مراد المصنف بقوله وقد حرر من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حواشي ههنا غير راجحة قطعاً لزم ذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة مادون النفس ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعي ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها

كتاب الوصايا

قال الشراح اراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهرا المناسبة لان آخر أحوال الأدي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت أقول برده عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورد في آخر هذا الكتاب وانما المورد في آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثيرا من أصحاب التصانيف أوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب ويمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الاضافي فان آخره الحقيقي وان كان كتاب الخنثى الآن كتاب الوصايا أيضا آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي وعن ههنا ترى القوم يقولون وقع هذا في أوائل كذا أو آخره فان صيغة الجمع لا تنمى في الاول الحقيقي ولا آخر الحقيقي وانما المخلص من ذلك تميم الاول والاخر للحقيقي والاضافي ويمكن أن يقال أيضا لما كان ما ذكر في كتاب الخنثى نادرا من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضا جعلوه في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي

الاب لان عتق المكاتب عند ادائه البذل يستند الى حال حياته فبين أنه كان للمولود ولاه من جانب الاب حين جنى وان موجب جنانيته على موالى أبيه فلذلك يرجعون على موالى الاب ولولم يختلف حال الجناني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلم يهاز بآدة أو نقصان اشترى كوا في حكم الجنانية قبل القضاء وبعده كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعده أخذ البعض منهم ضم اليهم أقرب القبائل نسباً وقد تقدم وقوله (الا فيما سبق أدائه) استثناء من قوله اشترى كوا يعني لا يشترى كوا فيه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل اليهم

هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية
توصون بها وفي الشريعة تعليق مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الايمان
أو في المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة
طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته وفي الشريعة تعليق مضاف الى ما بعد
الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب والوصية بهذا
المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يأبى جوازها فعلى هذا يكون بعض
المسائل مثل مسألة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالموصى مذكورة في
كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق أن هذه الالفاظ كما أن موضوعا في الشرع للمعنى
المذكور موضوعا فيه أيضا للمطلب شئ من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام
خواجه زاده لكن بشرط استعمال لفظ الايصاء باللام في المعنى الاول وبالي في المعنى الثاني فحينئذ يكون
ذكر المسائل المذكورة على أنها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل الى هنا لفظه أقول ما عده
تحقيقا ليس بشئ أما ولا فلان التي تكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة إنما هي
المسائل المتعلقة بالموصى دون مسائل الوصية المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال
لفظ الايصاء فيها باللام لا بالي يقال أوصى لحقوق الله تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أوصى اليها كما
لا يخفى في حق التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل اذ لم يشملها شئ من المعنيين
المذكورين فقط وأما ما نلاحظ أن مسائل التبرعات الواقعة من الانسان في مرض موته بطريق التخيير
مذكورة أيضا في كتاب الوصايا ومنها باب العتق في المرض كما ينبغي وفي الكتاب ولا ريب في عدم شمول
شئ من المعنيين المذكورين شيئا من تلك المسائل في حق التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر
الى ذنبك المعنيين معا فمن أين كان ارتكاب جمعها في لفظ واحد بتأويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا
حقيقا بان يعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل ثم أقول الوجه في التفصيص عن أمر التطفل في حق المسائل
التي ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما بيان
معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصى في ماله بعد موته ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية
حيث قال هي إيجاب بعد الموت فانه ما يشمله تلك المسائل جملة كما لا يخفى على الناظر والوجه في
التفصيص عن أمر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلمات والمنجزات حمل معنى الوصية
شريعة على ما نقله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر في الايضاح الوصية ما أوجبه الموصى
في ماله بعد موته أو مرضه الذي مات فيه فانه يشمل جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي
مסקة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات
العالية في العقب وشراؤها كون الموصى أهلا للتبرع وأن لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت
الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا أوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية يصح والافلا وانما
تدفع حياته في ذلك الوقت بان ولد قبل ستة أشهر حيا وكونه أجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا تجوز
الا بإجازة الورثة وأن لا يكون فائلا وكون الموصى به شيئا قابلا للتكليف من الغير بعدة من العقود حال
حياة الموصى سواء كان موجودا في الحال أو معدوما وأن يكون عقد الثلث حتى انه لا تصح فيما زاد
على الثلث كذا في النهاية وفي العناية أيضا بطريق الاجمال أقول فيه قصور بل خلل أما ولا فلان
جعل من شرائطها أن لا يكون الموصى مديونا بدون التقيد بان يكون الدين مستغفرا لتركه والشرط
عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره وأما ما نلاحظ أنه جعل من
شرائطها كون الموصى له حيا وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

اراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر الماسة لان آخر احوال الادب في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنائز والديات لما أن الجنابة قد تقضى الى الموت الذي وقته وقت الوصية والوصية اسم يعنى المصدر ثم سمى الموصى به وصية وهي في الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق (٤١٧) التبرع وسيبها سبب التبرعات وشراؤها

كون الموصى أهلا

للتبرع وأن لا يكون مدبونا

وكون الموصى له حيا وقت

الوصية وان لم يولد وأجنبيا

عن الميراث وأن لا يكون

قاتلا وكون الموصى به

بعدموت الموصى شيئا

قابلا للتملك من الغير

بعقد من العقود حال حياة

الموصى سواء كان موجودا

في الحال أو معدوما وأن

يكون عقدا رالث وركنها

أن يقول أوصيت بكذا

لقلان وما يجري مجرا من

الالفاظ المستعملة فيها وأما

حكم الوصية في حق

الموصى له أن تلك الموصى

به ملكا جديدا كافي الهبة

وفي حق الموصى إقامة

الموصى له فيما أوصى به

مقام نفسه كالوارث وصفتها

ماد كره

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

الارى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حيا وتلك انما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حياته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف باحوال الجنين في الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور في عامة المعترات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلا وأما ثالثا فلانه جعل من شرائها أن يكون الموصى به مقدارا الثلث لازائدا عليه وهو ليس بسديد على إطلاقه فان الموصى اذا ترك ورثة فأما ان تصح وصيته بما زاد على الثلث ان لم تجز الورثة وان أجازوه صحت وصيته به وأما اذا لم يترك وارثا فصحت وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بأن يكون له وارث وأخرى بان لا يجزئه الوارث

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال بعض المتأخرين في حل هذا التركيب أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب وقال ثم ظاهر الادب بقيد أن المراد ببيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه لكنه الظاهر كما صرحوا به أن المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فالاولى اراد بالاولى العاطفة انتهى أقول فيه خلل فاحش أما أولا فلانه سلك مسلك التقدير في قول المصنف ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب ولا يذهب عليك أن ذلك التقدير انصح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه اذ ليس في جنس الوصية ما يتلوعن الجواز وعدمه لكونها تنقيضين لا يرتفعان عن شيء فلم يبق من جنس الوصية شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لأن يذكر بعدهما فان قيل كل واحد منهما بشئ يخرج منه ما يستحب منه لا يبقى من ذلك شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى يشترج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره لا يقال المراد بالجواز تساوى الطرفين وعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل أصلا لا مجرد دفع التساوى حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما ويجوز أن يكون المراد بالاستحباب منه ما هو الواجب منه لا أن نقول نفي الاستحباب بم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل أصلا فنأين يدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك ولتسليم جواز ارادة ذلك به فيفسد معنى المقام اذ يلزم حينئذ أن يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فتخالف ما ذكره في أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهي مستحبة وبالجملة لم يوجد ما ارتكبه محمل جميع قط فالصواب ان لا تقدير في شيء من كلام المصنف هنا فان صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها أي كونها رجوعا عنها وهذه الصفات كلها حاصلة بما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة الى تقدير بشئ أصلا حتى عند عدم الجواز فانه صفة للوصية الغير الشرعية وعنوان الباب انما كان في صفة الوصية الشرعية نعم قد يدكر في أثناء مسائل الباب ما لا يجوز من الوصايا لكن لاجل ازالة أن يتوهم كونهم الوصايا الجائزة الشرعية لانه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل ما مر

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز

من ذلك وما يستحب منه وما

يكون رجوعا عنه

(قوله وسيبها سبب التبرعات)

أقول وهو طلب زيادة

الرجوع في العقبى كما مر في

الوقف (قوله وشراؤها

كون الموصى أهلا للتبرع

(٥٣ - تكمله ثامن)

وأن لا يكون مدبونا أقول أي دينا مستغفرا لكرهه (قوله وأجنبيا عن

الميراث) أقول أي وقت الموت (قوله وأن لا يكون قاتلا) أقول قال في البدائع وأن لا يكون حريا غير متامن فان كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمي

قال (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) والقياس بأبي جوازها لانه تعليق مضاف الى حال زوال مالكيته ولو أضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسننا حاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بأمله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلاف في بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لومضى فيه يتحقق مقصده المآلى ولو أنهم ضمه البرء بصره الى مطلبه الحالى وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيننا

بقوله (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) فقوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد من له ثروة ويسارق قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تتركوا خيرا الوصية للوالدين والاقرين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نقي الوجوب بل جواز الاباحة قال وهي مستحبة والقياس بأبي جوازها لانه تعليق مضاف الى حال زوال مالكيته ولو أضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسننا حاجة الناس اليها الى آخر ما ذكر في الكتاب وقوله (ومثله في الاجارة بيننا) في أنها عقد بأبي القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوازها بالاستحسان لمصلحة الناس اليه

(قوله اذا كانوا ممن لا يرثون) أقول بسبب الكفر والرق

الكتب وأما ثانياً فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم أن الظاهر ذلك ولا نسلم أن أحدنا صرح به وإنما الذي صرحوا به أن صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة لأن مراد المصنف بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ألا يرى أنهم إنما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها ونشأتها وركناتها وحكمها وحققها لا عند شرح قول المصنف باب في صفة الوصية الخ وكمن المقامين وأما ثالثاً فلان قوله كالأولى ارادته بالوفاة العاطفة لا يكاد يصح اذ لو أورد المصنف بالوفاة العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية أى فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكراراً محضاً فكان هذا القائل نسي قول المصنف وما يستحب منه عند كتب قوله فالأولى ارادته بالوفاة العاطفة ولا يمرى انه يجب من مثله (قوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة) أقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقاً لا يناسب ما مرأنا في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه ولا ما سأتى في الكتاب من أن الوصية بالثالث لا يجزى جائزاً وبدون الثالث مستحبة ان كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى فكان الظاهر أن يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة اللهم إلا أن يوجه قوله وهي مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لأن ما يستحبه على الإطلاق فيكأنه قال انها لاتصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب لكن رد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التي فرط فيها الظاهر أنها واجبة كما صرح به الامام الزينبي قال في العناية أخذنا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد من له ثروة ويسارق قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تتركوا خيراً الوصية للوالدين والاقرين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نقي الوجوب بل جواز الاباحة قال وهي مستحبة انتهى أقول في قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض نظراً لان الفرض غير الواجب عندنا اذا الفرض ماثب بدليل قطعي والواجب ماثب بدليل ظني كما تقر في علم الاصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول انها فرض في حق الوالدين والاقرين بل الظاهر أن الرد لقول ذلك إنما يحصل بقوله وهي مستحبة ثم ان في أسلوب تحريره مما حجة ظاهرة اذا الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى كتب عليكم الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلاً على ما قبل المتبادر أن تكون دليلاً على قرينها ولا يخفى أنها لاتصلح لأن تكون دليلاً على القول الثاني وصاحب النهاية وان شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين إلا أنه ذكر دليلاً آخر

وقوله (وقد تبنى المالكية بعد الموت) جواب عن وجه القياس وقوله (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين) إلى آخر ما ذكر) بيان لوجه الاستحسان وقد استدل أبو بكر الرازي رحمه الله على نسخ قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق خراساني في أصوله وقررناه في التقرير ببيان الله تعالى رتب الموارث على وصية منكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك (٤١٩) الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان الحمل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبهم ما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذلك كخبر الاسلام وجهها آخر وقد قررناه في التقرير واستدلنا به بالسنة ظاهرا وقوله (وعليه) أي على جواز الوصية (اجماع الامم) وقوله (المأرونا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام بثلاث أموالكم من غير تقييد بإجازة وقوله (وسنين ما هو الا فضل فيه) أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية

وقد تبنى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم أو قال حيث أحببتم وعليه إجماع الامم ثم نصح الإجماع في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا وسنين ما هو الا فضل فيه ان شاء الله تعالى

بعد من السنة حيث قال وقال عليه السلام لا يحمل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت لبيتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه انتهى بخازن أن يجعل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثاني على القول الثاني بطريق التوزيع على القف والنشر المرتب وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكرا على دليل واحد فقصر ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقصى ومستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا أن لا نذكر ههنا (قوله وقد تبنى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين) قال صاحب العناية قوله وقد تبنى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس واقضى أثره الشارح العيني أقول فيه بحث اذا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت فانه قال في وجه القياس ولو أضيف الى حال قيامها بأن قال ملكك غدا كان باطلا فهذا أولى فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعا اللهم الا أن يتمحل بأن يقال معنى كونه جوابا عن وجه القياس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فبسه وهي قوله لانه غليلك مضاف الى حال زوال مالكيته لا كونه جوابا قاطعا عن عرقه والاوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تقييد لوجه الاستحسان فانه لما كان في تجوز غليلك مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد لكون الغليل كونه بقاء الملك تدارك دفعه بأن قال ان المالكية لا تزول عن الانسان بالموت بل تبق مالكيته بعده في حق ما يحتاج اليه كما في قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث (قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين) قال صاحب العناية وقد استدل أبو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقرين بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق خراساني في أصوله وقد قررناه في التقرير ببيان الله تعالى رتب الموارث على وصية منكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان الحمل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبهم ما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى أقول يرد عليه أن هذا لا يدل على أن الوصية الاولى لم تبق لازمة فان الموارث وان لم ترتب في هذه الآية على الوصية الاولى المعهودة لكنها ترتب على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصي بها فدخلت تلك الوصية الاولى أيضا تحت اطلاق هذه الوصية المنكرة فمن أين يلزم انتفاء

(قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية) أقول لعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لرتبة عليها (قوله بل بعد أي وصية كانت نصيبهم) أقول ولنا فيه بحث فان

دلالة ما ذكره على عدم بقاء لزوم الوصية المفروضة متنوعة وانما دلالة على أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط بل هو متأخر عنها عن غيرها أيضا وان وجدت كيف ولو رتب الميراث على الوصية المفروضة لم يبدل الكلام علم تأخير الميراث عن الوصية بالتبرع مع أنه مقصود وعليك بالتأمل

قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه
الثلث والثلث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف

(ولا يجوز بما زاد على الثلث)
لقوله عليه السلام في
حديث سعد بن أبي وقاص
وهو ما روى محمد بن الحسن
رحمه الله في كتاب الآثار
قال أخبرنا أبو جعفر قال
حدثنا عطاء بن السائب
عن أبيه عن سعد بن أبي
وقاص قال دخل النبي صلى
الله عليه وسلم بعودني فقلت
يا رسول الله أفأوصي بحالي
كله قال لا فقلت فما النصف
قال لا قلت فما الثلث قال
الثلث والثلث كثير لا تدع
أهلك يتكففون الناس
وفي صحيح البخاري أنك أن
تدع ورثتك أغنياء خير من
أن تدعهم عالة يتكففون
الناس

(قول المصنف ولا يجوز بما زاد
على الثلث لقوله عليه الصلاة
والسلام في حديث سعد
الثلث والثلث كثير) أقول
قال النووي يجوز رفع الثلث
ونصبه فالرفع على أنه فاعل
أي يكفيل الثلث أو على أنه
مستأ محذوف الخبر أو
عكسه والنصب على الأغراء
أو على تقدير أعط الثلث

وجوب الوصية الأولى حتى يلزم انتساح الآية الأولى بهذه الآية وقائدة ترتيب الموارث على الوصية
المطلقة دون الوصية الأولى المعهودة فقط فأفاده تأخر الموارث عن الوصية الشرعية أيضا كما هو المذهب
في مقدار الثلث وعن هذا أورد القاضي البيضاوي في تفسير الآية الأولى على من قال كان هذا
الحكم في بدء الإسلام فتسريح بآية الموارث بأن قال فيه نظر لأن آية الموارث لا تعارضه بل تؤكده من
حيث أنها تدل على تقديم الوصية المطلقة انتهى ثم إن بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لترتب
هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع المرات لترتب هذه الوصية عليها حيث قال
ولعل هنا معهودا والعبارة الصحيحة لترتبها عليها انتهى أقول إنما السأهي نفسه لأن مراد صاحب
العناية بهذه الوصية في قوله لترتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى
لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وانما عبر عن الميراث بالوصية تأسيابا بكلام الله تعالى فانه تعالى
قال في أول آية الموارث بوصيكم الله في أولادكم وقال المفسرون أي بأمركم ويعهد إليكم في شأن
ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة للذ كونه سهو بل كان فيها
لطافة وحسن (قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص
رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف) قال بعض المتأخرين يعني أن
هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه الصلاة والسلام
إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ وإن دل عليه أيضا لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف
القياس فبقي ما فوقه على الأصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدلل عليه بهذا دون ذلك انتهى
أقول ليس هذا بسيديذا لا يخفى عليك أن قوله عليه الصلاة والسلام إن الله تصدق عليكم بثلث
أموالكم الخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وهو ظاهر ولا دلالة لأن مفهوم
المخالفه غير معبر عنها كما عرف وانما يدل على جواز الوصية بالثلث فجواز الوصية بما زاد على الثلث
وعدم جوازها مسكوت عنهم بالنظر إلى ذلك الحديث فلامعنى لقوله وقوله عليه السلام إن الله تصدق
عليكم بثلث أموالكم الخ وإن دل عليه أيضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثلث
على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الأصل فان بقا ما فوقه على أصل القياس ليس بدلول ذلك الحديث
أصلا وانما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك
الحديث وقال ذلك البعض الآن لقائل أن يقول نفي جواز الوصية بالكل والنصف وانما جوازها
بالثلث لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار
ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا انتهى أقول هذا أيضا ليس بنام لأن نفي جواز
الوصية بالكل والنصف وانما جوازها بالثلث وان لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث الآن
قوله عليه السلام والثلث كثير بعد ما ثبت جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعط الثلث
أو أوص الثلث أو بالرفع على أنه مستأ محذوف الخبر أي بالثلث كاف أو على أنه فاعل محذوف الفعل أي
يكفيل الثلث يدل على نفي الزيادة على الثلث فان المراجعة أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه إذا فائدة
في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة وقد
أشار إليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث
كثير بعد نفي وصيته بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد فنقول ذلك القائل فالرجوع إلى الأصل في هذا

ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به الآن الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك نقصه على ما بيناه وأظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم بخبرنا عما يتفق من الاينار على ما بينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسره بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال (الآن يجيزه الورثة بعدموته وهم كبار) لان الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (ولامعتبر باجازتهم في حال حياته) لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق ثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه

المقدار ضروري في الاستدلال بجديد سعيد أيضا منوع (قوله ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به) وأوضحه صاحب الكافي بان قال ولانه انعقد سبب زوال أملاكه عنه الى غيره لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى أقول في هذا التعليل قصور لانه انما يتمشى فيما اذا وقعت وصيته حال مرضه لانها اذا وقعت حال صحته اذ لا انعقد سبب الزوال اليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به فالاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام الى هنا لفظه تدبر (قوله الآن يجيزه الورثة بعدموته وهم كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتأخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث أراد لا يجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط لانه لا يجوز هذه الوصية أصلا وقال هنا فان قلت كيف يجوز اعمال اللفظ الواحد في بعض مدلوله دون بعض وبأى توجيه أمكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا متعددة بان يجعل مثلاً قوله أو صبت لفلان بثلثي مالي في قوة أو صبت له بثلثه وثلثه الآخر ويجعل قوله أو صبت له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أو صبت له بثمانية آلاف وبالفن الى غير ذلك صيانة لكلام العاقل عن الغائه ما أمكن وحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بقدر صدر عن عاقل بلفظ يجوز تعجبه بضرب من التأويل فتدبر فان هذا مما بهم فهمه انتهى أقول حسب انه أي بأمر مهم يتوقف عليه صحة معنى المقام ولم يدركه انما ارتكب شططا فان صحة بعض أجزاء شيء واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه الا يرى أنهم صرحوا بانه اذا جمع بين عبده مدبر في بيع بصفقه واحدة أو جمع بين عبده ومكاتب أو أم ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدبر أو المكاتب أو أم الولد لانه على أن الفساد بقدر الفساد فلا يتعدى الى الآخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية واختفى النكاح والمخذور بحسب العقل انما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحدا وأما اذا كان متعددان كان محل الصحة بعضا من شيء ذي أجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلا أصلا فلا وجه لحمل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا أمر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن الالغامهما أمكن والحذر عن ابطال الحق يمكن اثباته بقدر صدر عن عاقل مما لا يدعوا اليه أصلا فيما نحن فيه لان الغاء الوصية فيما فضل عن الثلث اذ ارد الموت واثباتها في مقدار الثلث ضروري على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة أو أقيمت على حالها الظاهرة من

وقوله (وهذا لانه) ظاهر والضمير البارز في قوله لم يظهره وأظهره للاستغناء وقوله (نحو زعماء يتفق من الاينار) أي احتراز عما يوجد من تأذي البعض وقطعية الرحم بسبب اتيار البعض على البعض (على ما بينه) يعني عند قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية روي بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروي الجنف بالجيم والنون المفتوحين وهو الميل وقوله (الآن) تحيز الورثة) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث (قال المصنف وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم) أقول فرق بين انعقاد السبب وتحققه كما يعلم من الكافي حيث قال لأن المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى وفي مباحث العلة من كتب الاصول ان المرض علة تشبه الاسباب

وقوله (لان الساقط متلاش) دليل قوله فكان (٤٣٣) لهم أن يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم

مصادفتها بحال الساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة الموصي فان قيل لانسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله (غاية الامر) يعني أن حقهم وان استند الى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القاسم يعني كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكتبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان فان الملك ثبت فيهم ما مستند الى أول العقد والغصب (وهذا) يعني ما نحن فيه من الاجازة (قد مضى وتلاشى) حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد وقوله (ولان الحقيقة) دليل آخر تقريره حقيقة الملك للوراث ثبتت عند الموت لا قبله وانما ثبت قبله مجرد حق الملك

(قال المصنف ولان الحقيقة ثبتت عند الموت وقبله ثبت مجرد الحق) أقول ظاهره مخالف لما سبق أنفاه من قوله اذ الحق ثبت عند الموت الآن

لان الساقط متلاش غاية الامر أنه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القاسم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة ثبتت عند الموت وقبله ثبت مجرد الحق

كلامه وبالجملة ما ذهب اليه ذلك البعض هنا أمر وهمي لا أصل له كما ترى (قوله لان الساقط متلاش) قال الشراح قاطبة قول المصنف هذا لتعليل لقوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث انتهى أقول فيه اشكال أما أولا فلانه لا وجه لان يقال ان اجازتهم في حال حياة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة أصلا كما صرح به فيما قبل وبينه والسقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الأصل لكن زال ذلك ادع ألا يرى أنه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق به حقه أصلا وأما ثانيا فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كونه قوله المذكور تعليلا لما ذكره بمسئلة أخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ولا يخفى ركا كنهه وبعده عن شأن المصنف والحق عندى أن قول المصنف هذا لتعليل لقوله قبله فليس لهم أن يرجعوا عنه يعني أن اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه حينئذ ينظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى (قوله غاية الامر أنه يستند عند الاجازة) وفي بعض النسخ عند الاستغناء (لكن الاستناد يظهر في حق القاسم وهذا قد مضى وتلاشى) هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التفسير وهي أن حق الورثة وان ثبت عند الموت الأنة يستند الى أول المرض فبالموت يظهر أن حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغي أن نصير اجازتهم في حال حياة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فأجاب بأن الاستناد انما يظهر في حق القاسم كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة فانها تصح اذا كان المعقود عليه قائما وكتبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان وهذا أى ما نحن فيه من الاجازة في حال حياة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغوا وقتئذ فلم يكن قائما فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير بأشارت في الاسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية وقال صاحب العناية في تقرير السؤل والجواب هنا فان قيل لانسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني أن حقهم وان استند الى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القاسم يعني كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكتبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان فان الملك ثبت فيهم ما مستند الى أول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد انتهى أقول فيه خلل فانه قال في أول تقرير السؤل لانسلم عدم مصادفة المحل واستند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين وقال في آخره تقرير الجواب تعليلا لقول المصنف وهذا قد مضى وتلاشى اذ لم يصادف محله وعدم مصادفته المحل هو الذي قد كان منع في أول السؤل فتم الجواب به مصادفة كما لا يخفى (قوله ولان الحقيقة ثبتت عند الموت وقبله ثبت مجرد الحق) قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق أنفاه من قوله اذ الحق ثبت عند الموت الآن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى أقول منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد مجرد في قول المصنف وقبله ثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجمع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بقوله ولانه حق الورثة

(فلواستند) ملكه الى أول المرض (من كل وجهه لاقلب الحق حقيقة) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعالوهم من يقول حق الوارث يتعلق بحال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لاقلب الحق حقيقة من كل وجهه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجهه قلب الحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت (٤٣٣) ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق

حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فحين بين أمرين اما أن تبطل العفو عن الجرح نظرا الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا يجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولمنعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله (والرضا بطلان الحق لا يكون رضا بطلان الحقيقة) جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه رضاه فكان كسائر الاسقاطات وفيه لارجوع فكذلك افيها وجهه انه قد عرف أن ثمة حقا وحقيقة وانما رضى بطلان الحق لا يبطل لان الحقيقة لان الرضا يبطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله (وكذا ان كانت الوصية للوارث) ظاهر (قال المصنف فلواستند من

فلواستند من كل وجهه بقلب حقيقة قبله والرضا يبطلان الحق لا يكون رضا يبطلان الحقيقة وكذا ان كانت الوصية للوارث واجازة البقية حكمه ما ذكرناه

الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق آتفا اذا الحق ثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلا واما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت اكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي ثبتت عند الموت فلا حاجة الى أن يحمل على ذلك قول المصنف وقوله يثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله فلواستند من كل وجهه لاقلب حقيقة قبله) يعني لو استند ملك الورثة الى أول المرض من كل وجهه لاقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجهه دفعالوهم من يقول حق الورثة يتعلق بحال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لاقلب الحق حقيقة من كل وجهه وهو لا يجوز لما مر انتهى أقول لما منع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا انقلاب الحق حقيقة أصلا فضلا عن استلزامه انقلابها باها من كل وجهه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق مجرد تعلق حقهم بحال المورث من أول المرض في كلا الأمرين معابدون أن ينقلب الحق حقيقة أصلا اذا لرب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس بديهي ولم يعم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت أيضا اجتماعا لماك وابن أبي ليلى والزهرى والاوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكرنا ثم قال صاحب العناية فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجهه قلب الحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فحين بين أمرين اما أن تبطل العفو عن الجرح نظرا الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا يجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولمنعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى أقول فيه خلل لان قوله فحين بين أمرين الخ مفترعا على ما قبله ليس بسديد اما أولا فلان قوله واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وأن انقلاب الحق حقيقة مانع

كل وجهه) أقول لو حذف هذه الشرطية واكتفى بقوله والرضا يبطلان الحقيقة الخ كافي السكا في لكان له وجهه (قال المصنف بقلب حقيقة قبله) أقول في الملازمة كلام (قوله فلواستند الى أول المرض) أقول فيه بحث (قوله فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه) أقول أي جرح خطأ (قوله واما أن لا يكون هذا القلب مانعا) أقول الاولى واما أن لا يصلح هذا العفو أو تبديل مانعا بقوله باطلا فتأمل فان لما في الكتاب وجهها ظاهرا ثم قوله هذا القلب يعني لزوم القلب وقوله مانعا يعني عن صحة الاجازة (قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت) أقول وكذلك السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق ولذلك قال فحين بين أمرين الخ (قوله وفي ذلك ابطال احدهما) أقول يعني الحقيقة

وقوله (وكل ما جاز باجازه الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) ذكره تفر بعا على مسئلة القدوري وجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لأن الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد بدمه فاجازته تكون انخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض ولنا أن الموصي (٤٣٤) صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصي

له يملك من الموصي وقوله (والاجازة رفع المانع) جواب عن جعل الاجازة انخراجا عن الملك يعني أن الاجازة ليست بسبب الخروج عن الملك وانما هو رفع للمانع وقوله (وليس من شرطه القبض) رد لكونها هبة فكأنه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطا وهو ممنوع فصار ما نحن فيه كالترهن اذا أجاز بيع الرهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله فاجازة المترهن رفع المانع وعدم ورض بان الوارث ان أجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونه مال كافيا يكون التملك من جهته وأجيب بان الوارث كان له حق أسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وان لم يكن تملك كالعتق والفائدة تظهر فيما اذا أجاز في مشاع يمتثل القسمة فان الاجازة صحيحة وتصير ملكا للموصي له قبل التسليم ويجوز الوارث على التسليم بعد ما عندنا ولو كان

(وكل ما جاز باجازه الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالترهن اذا أجاز بيع الراهن قال (ولا يجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية لقاتل

اذ لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وان السبب لم يتحقق في صورة الاجازة قبل الموت بناء على أن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت وأما تأنيافا فلأن قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول مع أن ما قرره فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك أصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله فتحن بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب أيضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جرح أبيه قبل موته أبيه بما ذكره قبله كما فعله صاحب النهاية ومعرج الدراية ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بأن قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فتحن بين أمرين الخ انتهى أقول ليس شيء من كلامه مستقيم أما نقضه بالجرح فلان الجرح فعل واحد صادر عن الجارح لا تكرر فيه الى أن يموت الجرح حتى يقال ان السبب هو الجرح المتصل بالموت بل انما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجارح لأنه يمتثل أن يكون قاتلا وغير قاتل وبالموت يظهر أنه قاتل بخلاف المرض فإنه حالة انفعالية تتكرر وتتجدد الى الموت فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فهي السبب للموت فافترقا وأما قوله ولذلك قال فتحن بين أمرين الخ فلا أن فاء التفرع تنافي ذلك كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام (قوله وكل ما جاز باجازه الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث قال صاحب النهاية والعناية وجه قول الشافعي ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لأن الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد بدمه فاجازته تكون انخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض انتهى وهكذا ذكر في الكافي أيضا أقول قد قصر وافي تقرير وجه قول الشافعي في مسئلتنا هذه حيث قيد المال الذي صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلمن أن لا يتبشى فيما اذا كان ما أجاز الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة اجازة الوصية لوارث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث فان الحكم في تلك الصورة أيضا داخل في كيسة مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكرنا من الدليل للشافعي فيها كما ترى فالاولى في بيان وجه الشافعي هنا ما ذكر في معراج الراهية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث والوارث ولا قاتل والاجازة لا يعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لأنها تملك بلا عوض انتهى فإنه يعم الكل ثم ان الصحيح في هذه المسئلة قولنا لما ذكر في الكتاب (قوله ولا يجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية لقاتل أقول للقاتل أن يقول ان هذا الحديث مما يعارضه اطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين وعوم قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها

ولانه

التعليق من جهة الوارث انعكست هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ هبة

قال (ولا يجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا الخ) لا يجوز الوصية لمباشرة القتل عامدا كان أو خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل

(قوله وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة) أقول كيف يكون رد الشافعي يقول بكون القبض من شرطه (قوله لا انعكست هذه الاحكام) أقول كما عند الشافعي

(ولانه استجمل ما أخره الله فيحرم الوصية بحرم الميراث) ورد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى بخاز القياس عليه والمشاكلة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل التقصص عن عهدته كونه قياسا على طريقته تعالى طريقته تعالى وسلك طريق الدلالة أسهل (وقال الشافعي رحمه الله تجوز الوصية للقاتل) مطلقا لانه أجني منه فصحت له كما صحت لغيره (وعلى هذا الخلاف) بيننا وبينه (إذا وصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعندنا وعندنا لا تبطل) (٤٣٥) والجهة عليه في الفصلين (يعني فيما اذا كان

القتل قبل الوصية أو بعدها ما بيناه) يعني من الحديث فانه باطلا لانه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بأن ذلك صحيح إذا كان القتل بعد الوصية وأما اذا كان الجرح قبلها فلا استجبال ثمه وأجيب بجعل الجرح مستجبالا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن المعتبر في كون الموصى له قاتلا أو غير قاتل بل جواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤثرا عن الوصية واعترض بنقض اجمال بأن ما ذكرتم لوصح بجميع مقدماته لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل وأجيب بان عتقه من حيث ان موته جعل شرطا لعتقه وقد وجد ولكن يسي المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى باليجاب السعاية (ولو أجازت الورثة

ولانه استجمل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف إذا وصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعندنا وعندنا لا تبطل والجهة عليه في الفصلين ما بيناه (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تجوز) لان جنايته باقية والامتناع لاجلها

حيث شئت أو قال حيث أحبيت كما مر ثم ان هذا الحديث من قبيل أخبار اللاحاد فلا يصلح أن يكون مقيد الاطلاق الكتاب قط على ما عرف في أصول الفقه وان صلح أن يكون مخصصا للعموم ذلك الحديث الاخر فاعلمت صور ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قط فاذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فلزم أن يتعارضوا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الأصول على ما عرف في محله فمن أين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص وروى أنه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشئ تكره في محل النبي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه نين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى أقول لست شعري من أين نين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخرا عن العام في الوجود وهو لم يثبت قط ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبرا واحدا ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه (قوله ولانه استجمل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث) قال في العنايه ورد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى بخاز القياس عليه والمشاكلة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى أقول لا رد شي ولا الجواب أما الأول فلان التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان من الوصية مطلقا على الحرمان من الميراث حتى يرد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين بل انما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعله الاستجمال بفعل محظور وهو القتل ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجزى هذا القياس فيهما وأما الثاني فلان كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع كيف ولو كان الامر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند اذاه سائر الورثة اياه وتركهم المغايضة كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله اذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به وأيضالو كان الامر كذلك لزم أن لا يحرم القاتل عن الميراث اذا لم يكن

(٥٤ - تسجله ثامن) الوصية لا قاتل جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها

(قال المصنف ولانه استجمل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية) أقول فيه تأمل فان هذا مذهب المعتزلة والاجل عندنا واحد والجواب أنا لا نقول العبد قطع عليه الاجل كما نقوله المعتزلة بل نقول كما قلنا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام الصدقة تريد في العمر (قوله مقاسمة قاتل أبيهم) أقول مثلا (قوله وسلك طريق الدلالة أسهل) أقول نعم لو ثبت شرط الدلالة وذلك محل نظر (قوله فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤثرا عن وقت الوصية) أقول فيه تأمل

ولهما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه السلام ان الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا الوصية لوارث ولانه يتأذى البعض بإيثار البعض ففي تجوز قطيعة الرحم

لانتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعاً والحق أن سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جنابة عظيمة منه وهي القتل بغير حق فانه يستدعي العقوبة بأبلغ الوجوه وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث والقاتل الموصى له يشاركه في هذا المعنى بخلاف قياس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث واليه أشار المصنف بقوله ولانه استعمل ما أخره الله تعالى بمعنى استعمله بارتكاب جنابة عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال ولان القتل بغير حق جنابة عظيمة فيستدعي الزجر بأبلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زجراً كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب العناية ولعل التفصي عن عهدة كونه قياساً على طريقتنا عسر جداً وسلك طريق الدلالة أسهل انتهى أقول فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذي كان الحكم لأجله في المنطوق متحققاً في الملحق بالدلالة بطريق الأولوية أو بالتساوي ونحو ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على أصل أبي حنيفة ومحمد فان المعنى المقضي لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا يتكسر بأجازه الورثة أصلاً ولهذا لا يرث القاتل سواء أجازته الورثة أو لم تجزه بخلاف المعنى المقضي لحرمانه عن الوصية فانه يتغير ويتكسر بأجازه الورثة عند أبي حنيفة ومحمد ولهذا تصح الوصية له عندهما إذا أجازتها الورثة كما ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث أقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة في شأن الوصية على أصلهما ثم أقول ههنا احتمال آخر وهو أن لا يكون مراد المصنف بقوله ~~كما يحرم الميراث~~ القياس الفقهي ولا الاحتاق بطريق الدلالة بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه ويدل عليه أنه لو لم يذكروا قوله كما يحرم الميراث لزم دليله العقلي بلا احتياج اليه فان استعملنا النال ما أخره الله تعالى جرم عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور أصلاً وتسقط الكلمات المتعاقبة به بخلافها كما لا يخفى (قوله ولهما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث) أقول أرى دليلهما هذا ضعيفاً جداً فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر وعلى الإطلاق إذ قد تقرر فمما مر أن الشرع لم يعتبر تعاقب حقهم بقدر الثلث ولهذا أجازت الوصية بهذا القدر للاجانب وان لم يجزها الورثة وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشئ للقاتل بدون اجازة الورثة فكيف يتصور أن يكون الامتناع في قدر الثلث أيضاً لحقهم ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام لان مجرد نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لا يقتضي كونه في الارث أيضاً لحقهم فلزم أن يجوز ارث القاتل أيضاً باجازتهم عندهما ولم يقل به أحد قال في العناية فان قيل ما الفرق بينهما وبين الميراث اذا أجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث أوجب بأن الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الذرع لا تصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى أقول فيه نظر لان الكلام ههنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بأن أحدهما من جهة العبد والاخر من جهة الشرع بل انما الكلام ههنا في أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظراً الى دليلهما وفي كونهما من جهة العبد نظراً الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فبما معنى أن تعمل الاجازة التي هي تصرف من العبد

ولهما أن الامتناع لحق الورثة الى آخر ما ذكر في الكتاب فان قيل ما الفرق بينهما وبين الميراث اذا أجازت الورثة حيث صحت الوصية دون الميراث أوجب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا تصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد وقوله (ولانهم لا يرضونها) أي الوصية (للقاتل) كما لا يرضونها (لاحدهم) أي لأحد الورثة وفي الوصية لاحدهم ان أجازها البقية نفذت فكذا القاتل وقوله (ولا تجوز لوارثه) أي لوارث الموصى (لقوله عليه السلام ان الله أعطى كل ذي حق حقه ألا الوصية لوارث ولانه يتأذى البعض) الى آخر ما ذكر في الكتاب

وقوله (بالحديث الذي رويناه) اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده في العطية وقوله (يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الموت) ذكر في فتاوى فاضلخان ولوا وصى لاختونه الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية ان لا نالانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت ممكن الابن جازت الوصية للاخ لاب وللأخ لام وبطلت للاخ لاب وأم لأنه يرثه مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لأب لأنه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وأم وللأخ لام لانهم ما يرثانه وقوله (واقرار المريض للوارث على عكسه) أي على عكس الوصية بتأويل الايصاء أو المذكور أي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر في النهاية أن اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيه يعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فاعتق فبات الاب بحيث صح الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد (٤٣٧) لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل

للولي وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لاختيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لأنه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وأرى أن إطلاق المصنف يعني عن ذلك التطويل وذلك لأنه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس يوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقراره للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم فيه كون وارثا عند الاقرار وان كان

ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تعليق مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت (والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية) لأنها وصية حكمها حتى تنفذ من الذات واقرا المريض للوارث على عكسه لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار

في ارتفاع أحدهم مادون الآخر وبعبارة أخرى ان الميراث وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الأثر حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان نفعه هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا تجوز أن نعمل الاجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وبصنعه (قوله ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه) قال صاحب العناية قوله بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده في العطية انتهى أقول هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور اذ لم يتقدم من المصنف في كتاب الهبة ذكر حديث في حق من خصص بعض اولاده في العطية بل لم يتقدم منه في ذكر تلك المسئلة قط فكيف تنصور الحوالة عليه بها هنا والصواب أن مراد المصنف هنا بقوله بالحديث الذي رويناه هو الاشارة الى ما ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسره بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث انتهى (قوله واقرار المريض للوارث على عكسه) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية أي على عكس الوصية بتأويل الايصاء وقال صاحب العناية أي على عكس الوصية بتأويل الايصاء أو المذكور ورده عليه التأويل الثاني بعض الفضلاء بان قال الوصية هي المذكورة بالهاء لا المذكور فالاولى أو ما ذكرنا انتهى أقول رده ساقط لان الوصية انما تكون هي المذكورة بناءً على التأنيث لا المذكور لأن كان الالف واللام في اسم المفعول حرف تعريف وقد تقرر في علم الادب أن الالف واللام في اسم الفاعل والمفعول عند غير المازني من عامة أئمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول فينشد بصير لفظ المذكور في معنى ما ذكر في يعود الضمير المستتر في اسم الفاعل والمفعول الى الموصول الذي هو الالف واللام ولا يلزم الحاق ناء التأنيث بصلته لعدم علامة التأنيث في لفظ ذلك الموصول فإنه في اللفظ مفرد مذ كرمال

محجوب بالاقرار للوارث باطل

(قوله بتأويل الايصاء أو المذكور) أقول الوصية هي المذكورة بالهاء لا المذكور فالاولى أو ما ذكر (قوله ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فاعتق فبات الاب صرح الاقرار) أقول قوله أقر لابنه العبد الذي ليس عليه دين قال في الكافي في فصل في اعتبار حالة الوصية قبيل باب العتق في المرض واذا وصى المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو وهب له أو أقر له بدين فاسلم الابن واعتق قبل موته بطل ذلك كله أما الوصية والهبة فلما مر أن الاعتبار في حال الموت وأما الاقرار وان كان ملازم بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمته الاشارة باعتبار التهمة لمحقاق الوصايا وذلك كمن أقر لاختيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك الاخ والمقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى ولا يخفى عليك مخالفته لما ذكره صاحب النهاية فتأمل (قوله وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم) أقول فيه بحث فإنه يقتضي أن لا تجوز الوصية للاخ ولا الاقرار له أصلا مع وجود الابن فليستأمل فان مراده فيكون وارثا عند الاقرار بالتبين وأما أداليمت الابن تبين أنه ليس يوارث فيصح

قال (الآن تحيزها الورثة) وروى هذا الاستثناء فيمار وبناه ولان الامتناع لحقهم فيجوز باجارتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المحيز بقدر حصته لولا ينسب عليه وبطل في حق الراذ

لثني والمجموع والمؤث أيضا كلمة ما وكلمة من كما صرحوا به نعم يجوز الحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية لكن الامر في كلمة ما أيضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر في جواز تذكير الصلة نظرا الى لفظ الموصل وجواز تأنيها نظرا الى المعنى المراد بالموصول وعن هذا ترى ثقات أهل العربية يؤولون المؤث الذي عبر عنه بضمير المذكر أو بضمير الإشارة المذكر في مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل في التفسير أيضا لما ذكره كذا يؤولونهم لئلا يكره من غير فرق ثم ان كان المراد بقوله لهم يتأويل المذكور في أمثال هذا المقام أن يقال يتأويل الشيء المذكور على أن يقدر الموصوف المذكور كأن الامر أسهل ويرتفع الاشتباه بالكلمة ثم ان الشراح قاطبة قالوا في تفسير قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه أي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت وقال صاحب النهاية بعد ذلك ان اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك في مريض أقر لانه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لآخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانهما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار فبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وقال صاحب الغاية بعد نقل ما ذكر في النهاية على الوجه المزبور وأرى أن اطلاق المصنف يعني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرار الوارث وكلا منصفيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا باقرار الوارث باطل انتهى أقول فيه نظرا لانه مدار هذا التوجيه أن يكون مريدا المصنف بالوارث ما يعم المحجوب وبقابل المحروم وليس بسديد اذ لو كان مريدا بالوارث هنادك لكان مريدا به في قوله ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية أيضا ذلك والام يتم قوله واقرار المريض للوارث على عكسه فان أمر الانعكاس انما يتحقق عند اتحاد المراد بالوارث ولو كان المراد بالوارث هناك أيضا ذلك لفقد المعنى اذ لا يخفى أن الموصى له اذا كان محجوبا بآثار الميراث عند موت الموصى تجوز الوصية له كما يدل عليه قطع ما ذكره الامام فاضل خان في فتاواه ونقله الشراح بأسرهم عنه من قبل وهو أنه لو أوصى لآخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أن لا نالهم لا يرفون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب والاخ لا يبطل للاخ لاب وأم لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وأم وللأخ لا م لانهم ما يرثه انتهى فظهر أن المراد بالوارث هنا ما ثبت له الارث بالفعل بان لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتج الى التقييد في صورة الاقرار بما ذكره صاحب الغاية ثم ان صاحب الغاية رد على صاحب النهاية هنا وجه آخر حيث قال وذكر في وصايا الجامع الصغير لو أن المريض أقر لابنه بدين وهو نصراني أو عبده ثم أسلم الابن أو اعتق العبد ثم مات الرجل فالأقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهم ما قائما وهو القراءة التي صارها وارثا في نافي الحال ثم قال فعن هذا عرفت أن ما ذكر بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو أنه قال أقر لابنه بدين وابنه عبده ثم اعتق ثم مات الاب وهو من ورثته فالأقرار بالدين جائز لان كسب العبد لولاه فهذا الاقرار حصل من المريض في المعنى للمولى وهو أجنبي منه انتهى أقول السامع هنا صاحب الغاية نفسه لان ذلك البعض الذي نسب السهو

وقوله (الآن تحيزها الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز لوارثه وروى هذا الاستثناء فيمار وبناه من قوله صلى الله عليه وسلم الا لا وصية للوارث وقوله (ولان الامتناع لحقهم) أي لحقهم الذي هو تأذيتهم باثارة البعض دون البعض والتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين أجازوا أولم يجيزوا لانه لاحق لهم في الثلث كما في الوصية للأجنبي قوله (ولو اجاز بعض) ظاهر

قال (ويجوز أن يوصي المسلم
للكافر) وصية المسلم للكافر
الذي وعكسها جائزة فاما
الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم
الله عن الذين لم يقاتلوكم

في الدين الآية نفي النهي عن
البر اليهم والوصية لهم واليه
فكانت غير منبهة وأما
الثاني فلماذا كره في الكتاب
وأما الوصية لاهل الحرب
ففي رواية الجامع الصغير
باطلة وقالوا في شروح الجامع
الصغير انه ذكر في السير
الكبير ما يدل على جواز
الوصية لهم ووجه التوفيق
بين الروايتين أنه لا ينبغي أن
يفعل وان فعل ثبت الملك
لهم لانهم من أهل الملك
وأما وصية الحرب بعد
مادخل دارنا بأمان فانها
جائزة لانه ولاية عليك ماله
في حياته فكذلك بعد وفاته
خلاته لا فرق بين وصيته
بالثالث وبجميع ماله لان
منع المسلم عما زاد على الثلث
لحق وورثته المسلمين لانه
معصوم عن الابطال وورثته
الحربي ايست كذلك

قال المصنف والثاني لانهم
بعقد الذمة ساووا المسلمين
في المعاملات) أقول
لا اختصاص لهذا الدليل
بالتاني بل يعم الاول أيضا
(قوله وانما جعل هذا
التصديق أفضل) أقول
فيه بحث

قال (ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم)
فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم
يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا
المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع
من الجانبين في حالة الحياة فكذلك بعد الممات (وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) لقوله تعالى
انها ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية

اليه فان المصنف ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا من كتاب الاقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من
باب الوصية بالثلث فيما سأتى واعترف صاحب الغاية أيضا بانه بان الصدر الشهيد وغيره ذكر ما ذكره
المصنف هناك نقلا عن كتاب الاقرار وخاله هناك من أنه سهو منه لا يصح لعله غفول عن ذلك وسهو
من نفسه كما لا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه
السهو فانه يبي كلامه هنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا ليس بعز في كلمات الثقات ثم ان تاج
الشمري بعد أن فسر قول المصنف واقرار المر بوضو الوارث على عكسه بقوله أي يعتبر كونه وارثا وغير وارث
وقت الاقرار لازمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت
ولم يكن وقت الاقرار وارثا يصح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت لان الاقرار ايجاب في الحال ولهذا
عليه المقر له في الحال ويصح رده في الحال انتهى أقول فيه بحث فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا
لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الامام قاضيان في فتاواه في فصل
اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال ولو اقر لوارث ثم خرج من أن يكون وارثا بان اقراره لا يخله
ثم ولله ابن تممات المريض صح اقراره انتهى ثم ان لبعض المتأخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن
الاختلال في بعض مواضعها تركها وبيان اختلالها مخافة عن الاطباء الممثل (قوله قال
ويجوز أن يوصي المسلم للكافر) قال في الكفاية أرايه الذي بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير أن
الوصية لاهل الحرب باطلة انتهى أقول فيه أن قوله ويجوز أن يوصي المسلم للكافر لفظ القدوري والتعليل
ورواية الجامع الصغير انما هما من كلام المصنف فكيف يصح جعل كلام المصنف
دليلا على ارادة القدوري بالكافر الذي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على أن المراد باهل
الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحرب الغير المستأمن لان لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية للحربي هو
في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره ففي الحرب المستأمن خارجا عن مسألة الجامع الصغير فكيف
تكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذي دون ما يعم الحرب
المستأمن وقد صرح في المحيط وغيره بأنه يجوز أن يوصي المسلم للحربي المستأمن في ظاهر الرواية كما يجوز
أن يوصي الذي نعم يجوز أن يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذي دليلا على حل المصنف
مراد القدوري بالكافر على الذي وان لم يكن دليلا على أن يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذي
وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التي تختص بالحربي الغير المستأمن فلا يكون دليلا على
حل المصنف أيضا بناء على الذي فقط كما لا يخفى (قوله وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب
باطلة) قال شرح الجامع الصغير ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق
بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل وان فعل جاز وثبت الملك لانهم من أهل الملك انتهى واقفي أثرهم
صاحب الكافي وشرح هذا الكتاب أقول والانصاف أن لفظة باطلة في عبارة الجامع الصغير مما
بأن التوفيق المذكور جدا انقد تقرر عندهم أن الباطل من العقود لا يفيده الملك بخلاف الفاسد
منه فانه يفيد الملك عند تحقق القبض فلو كان المذكور في الجامع لفظا فاسدا بدل لفظ باطلة لكان
لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم أقول لعل الحق هنا رأي صاحب المحيط فانه لم يقبل قولهم ذكر
في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية

وقوله (وقبول الوصية بعد الموت) على ما ذكره في الكتاب ظاهر والقبول ليس بشرط لصحة الوصية وانما هو شرط ثبوت الملك للموصي له وللوصية شبه بالمراث من حيث انها تملك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تملك بتسليمك الغير فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول مادام يمكن من الموصي له فقلنا لا تملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصي له من غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب أن الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك وورثة الموصي له ردوا أو قبلوا في الاستحسان وقوله (ويستحب أن يوصي الانسان) واضح وحاصله أن التقليل في الوصية أفضل واليه الإشارة في قوله انك أن تدع عيالك الحداث ومعناه ورثتك أقرب إليك من الاجانب فترك المال لهم خير من الوصية

قال (وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصي له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) لأن أو ان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال (ويستحب أن يوصي الانسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء عام حقه فلا صلة ولا منة

للحري حيث قال وفي شرح الطحاوي قالوا وذكروا في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحري واختلف المشايخ فيه منهم من وفق بين ما ذكر في الاصل وبين ما ذكر في السير الكبير فقال لا ينبغي للسلم أن يوصي للحري كما ذكر في الاصل ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصي له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور في السير الكبير أن الوصية للحري باطلة والصورة المذكورة نعمة لأوصى مسلم لحري والحري في دار الحرب لا يجوز أن يخرج الحري الموصي له الى دار الاسلام بأمان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وان أجازت الورثة لأن الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل اجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز في أصل المسئلة ونص على البطلان في الفرع وانه دال على بطلانها الى هنا لفظ المحيط فتأمل ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التوفيق المار الى ذكر في عامة الكتب وعزاه الى الكافي والنهاية قال أقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حري ليس في دارهم وهو المستأمن فان الحري ما دام في دار الحرب بمن يقاونه بخلاف المستأمن فانه ليس كذلك وهو المراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه أقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط لأوصى مسلم لحري والحري في دار الحرب لا يجوز وانتهى فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو المراد مما ذكر في السير الكبير (قوله وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصي له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) قال بعض المتأخرين لا يخفى أن بيان وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي أن يقدم قوله فالموصي به يملك بالقول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن أن يتوسط بينهما مسئلة استحباب الوصية بعد الموت الثالث اه أقول خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء لأن بيان وقت القبول ان كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي أن يقدم قوله فالموصي به يملك بالقول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لأن الذي ينبغي أن يقدم انما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم أن يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المصنف فكانه أراد أن يقول لا يخفى أن بيان وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخط في تحريره حيث عكس الامر (قوله) ويستحب أن يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم) أقول لقائل أن يقول كما أن في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الاجنبي وفيما اذا كانت الورثة أغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم فالصدقة أولى من الهبة كما سيجي التصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فينبغي أن يكون التكميل أيضا أولى من التنقيص فيما اذا كانت الورثة أغنياء تلك العلامة في وجه التعميم هنا والجواب أن في التنقيص أصل صلة القريب لازياتها وفي التكميل زيادة الصدقة لأصلها التحقق أصلها بما دون الثلث بدون التكميل ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها أي بالكلية وليس في التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معافضة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهي فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما

ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقراة جميعا وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى أولى لانه يتغنى بها وجه الله تعالى

معاً أولى من العمل بأحدهما فقط (قوله ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها) أقول ولقائل أن يقول قد حرمكم فيما مر أنقايان الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ولا شك أن المستحب هو الذي كان فعله أولى من تركه فبما معني الترديد هنا بان الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها والتفصيل بقوله قالوا ان كانت الورثة فقراء الخ والجواب أن الاستحباب في قوله سابقا ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث ليس بناظر الى قوله أن يوصى الانسان بل الى قوله بدون الثلث أي مصب الافادة في ذلك الكلام فمده لانه نفسه قال معناه الى أن التتقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقا وهذا انما يقتضي أن يكون التتقيص من الثلث في الوصية أولى من التكميل مطاقا ولهذا قال المصنف في تعليقه لانه في التتقيص صلة القريب بترك ما له عليهم وهذا المعنى لا ينافي أن يكون ترك الوصية بالكلية أولى من التتقيص عن الثلث أيضا في بعض الصور وفي المصنف ذلك بما قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية أولى وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى فلم يكن ترديد وتفصيله ههنا مخالفا لما سبق أنقايان كان بلاحظة ذلك ورعايته على حاله هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح) والكاشح العدو الذي أولى كسحه وهو ما بين الخاصرة الى الصلح وقيل الكاشح الذي أضمر العداوة في كسحه وانما جعل هذا التصديق أفضل لان في التصديق عليه مخالفة النفس وقهرها كذا في العناينة وغيرها أقول فيه شيء وهو أن الحديث حينئذ انما يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم الكاشح لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التفسير وقصد تنبيه بعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم يصدره باداة التعليل الا أن قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدي نفعاً لان ذلك الحديث في مقام التعليل هنا سواء صدره باداة التعليل أو لم يصدر به اوله هذا صدره صاحب الكافي باللام حيث قال لقوله عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ثم ان بعض المتأخرين كآئه قصد دفع ذلك القصور واصلح المقام فقال في شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الاول كبراهم مطوية وهي وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أقيم دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فانه يصريح به يدل على أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى أقول ليس ذلك أيضا تمام فانا ان أغضنا عن منع قوله فانه يصريح به يدل على أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح غنغ جذا قوله وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم على غير ذي الرحم فان تخصيص الكاشح بذى الرحم انما يدل على أن يكون التصديق على ذي الرحم تأخير في أفضلية الصدقة كما أن لكونه كاشحا تأثيرا فيها ولا يلزم منه أن يكون التصديق على ذي الرحم الغير الكاشح أفضل من التصديق على غير ذي الرحم الكاشح لان في كل منهما انتفاء أحد سببي الأفضلية المستفادين من الحديث الشريف فنأين يعلم أفضلية أحدهما من الآخر تأمل توقف (قوله وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى أولى)

وهو مروى عن أبي بكر وعمر
قالا لأن يوصى بالنفس أحب
اليامن أن يوصى بالربع
ولان يوصى بالربع أحب
اليامن أن يوصى بالثلث
والكاشح العدو الذي أولى
كسحه وهو ما بين الخاصرة
الى الصلح وقيل الكاشح
الذي أضمر العداوة في
كسحه وانما جعل هذا التصديق
أفضل لان في التصديق عليه
مخالفة النفس وقهرها

(قال المصنف وقد قال
النبي عليه الصلاة والسلام
أفضل الصدقة على ذي
الرحم الكاشح) أقول هذا
الحديث لا يفي بتمام المدعى
ولذلك لم يصدره باداة التعليل

وقوله (والموصى به عليك بالقبول) واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا وقوله (ولهذا لا يرث الموصى له بالعيب) صورته أن يشتري المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فإنه لا يرده على بائعه (ولا يرده عليه بالعيب) صورته أن يوصى بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد (٤٣٣) المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له

وقيل في هذا الوجه بخير لا اشتغال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصفة فيخير بين الخيرين قال (والموصى به عليك بالقبول) خلافا لفرقوه وأحد قول الشافعي هو يقول الوصية أخت الميراث أذ كل منهما خلافة لما أنه انتقل ثم لا يرث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا أن الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرث الموصى له بالعيب ولا يرده عليه بالعيب ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره لا بقوله أما الورثة خلافة حتى يثبت فيها هذه الأحكام فيثبت حرام من الشرع من غير قبول قال (الافى مسألة واحدة وهي أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته) استحسانا والقياس أن تبطل الوصية لما يبين أن الملك موقوف على القبول فصار كوث المشتري قبل قبوله بعد استحباب البايع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد دعت عونه تمام لا يلحقه الفسخ من جهته وإنما وقفت لحق الموصى له فإذا مات دخل في ملكه كافي البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط به لم تجز الوصية) لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرع وأبدا يبدأ بالآهم فالآهم (الآن يبرئه الغرماء) لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها قال (ولا تصح وصية الصبي) وقال الشافعي تصح إذا كان في وجهه الخير لأن عمر رضي الله عنه أجاز وصية يافع وهو الذي رآه حق الحلم ولأنه نظره بصرفه إلى نفسه في نيل الرزق ولولم تنفذ يبق على غيره ولنا أنه تبرع والصبي ليس من أهله ولأن قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله

أقول لما منع أن يمنع كون الوصية صدقة على الأجنبي مطلقا إذا احتج الموصى له فغيره يكون غنيا أيضا فلم يثبت أولوية الوصية من تركها على الإطلاق فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فقدر (قوله) ولهذا لا يرث الموصى له بالعيب ولا يرده عليه بالعيب قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية صورة الأول أن يشتري المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فإنه لا يرده على بائعه وصورة الثاني أن يوصى بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له انتهى أقول في تصوير الثاني بعد كرتظر لان الموصى إذا باع شيئا من الموصى به يصير أجاعا وصيته كما يجبي وتفصيله عن قريب في الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية المشتري ما اشترى من الموصى على الموصى له بالعيب الرجوع الموصى عن وصية ما باعه من التركة يبيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التقريب (قوله) ومن أوصى وعليه دين يحيط به لم تجز الوصية لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرع) أقول هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكاة والكفارات فأنها واجبة على ماصرحوا به فالأولى في التعليل البسط بأن يقال لأنه حق العبد وأداءه فرض والوصية تكون بطريق التبرع في الغالب وقد تكون بطريق الوجوب وذلك فيما إذا كانت لاداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفاتية كالحج والزكاة ونحوهما وأما ما كان يقدم الدين عليها ما في الشئ الأول فظاهر لأن أداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا لمصلحة وأما في الشئ الثاني فلأن الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى إذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله

بطريق الخلافه ثبت ولاية الردى للصورتين جميعا كما في الوارث وقوله (ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره لا بقوله) لثلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية انفعلة الموصى له ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فإنه لو أوصى له بعد أعي وجب عليه نفقته بسلامة نفقة تعود إليه وأمثال ذلك كثيرة وقوله (الافى مسألة واحدة) استثناء من قوله والموصى به عليك بالقبول يعني الافي مسألة واحدة فأنها تملك بدون القبول وقوله (لان الدين مقدم على الوصية) يعني في الحكم فان قبل هذا التقدم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بطوصة يوصى بها أولدين فالجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء في الفرائض قال (ولا تصح وصية الصبي) كلامه واضح وقوله (ولم تنفذ نبي على غيره) يعني إذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه فإنه يحصل له بسببها نيل الرزق والدرجة العليا ولولم

تنفذ يبق ماله على غيره فكان الوصية أولى

والأثر

(قوله ثم باع شيئا من التركة) أقول أي باع الموصى (قوله لا يرده على الموصى له) أقول بعدم موت الموصى (قال المصنف فإنه فرض والوصية تبرع) أقول فيه أن بعض الوصايا واجبة كالوصية بالحج والزكاة فالل دليل قاصر كما لا يخفى

وقوله (والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم) يعني كان بالغام بعض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى بأفعاء مجازاً تسمية للشيء باسم ما كان عليه أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتمل وأنه أوصى لابنته عمه عمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعاً مجازاً أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن وأجيب بأن قوله كان غلاماً لم يحتمل معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه وقوله (انه أوصى لابنته عمه عمال) لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه قال الطحاوي والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي لانه مرسل لانه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن خزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا النباي الآية فانهم اتدل على أن الصبي ممنوع عن ماله وقوله (وهو يحرز (٤٣٣) الثواب) جواب عن قوله ولانه نظره

بصرفه الى نفسه في نيل الزلفي وقوله (كأيناه) اشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ فانه يفيد اما أفضلية التركة في الثواب أو تساويهما فيه وقوله (والمعتبر في النفع والضرر) تنزل في الجواب كانه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر الى أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة الا ترى أن الطلاق لا يصح منه وان أمكن أن يكون نافعاً بان يطلق امرأه معسرة شهواه ويستزوج باختم الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض والوصية في الاصل تبرع والصبي ليس من أهله

(قوله ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً الى

والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على وركته كأيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى أوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبر بالطلاق فانه لا عليك ولا وصيه وان كان يتفق نافعاً في بعض الاحوال وكذا اذا أوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا أدركت فقلت مالى لفلان وصية لقصور أهليته فلا عليك تيجيزاً وتعليقاً كما في الطلاق والعناق تعالى كما عرف في محله (قوله والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً) يعني كان بالغام بعض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى بأفعاء مجازاً تسمية للشيء باسم ما كان عليه كذا في العناية وغيرها (أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا) قال صاحب الغاية وفيه نظر عندى لانه صرح الراوي بأنه أوصى لابنته عمه عمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يحتمل أن يقال انه كان أدرك لكن سمي غلاماً مجازاً لانه صح في رواية الحديث انه كان غلاماً لم يحتمل انتهى ورد صاحب العناية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتمل وأنه أوصى لابنته عمه عمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعاً مجازاً أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن وأجيب بأن قوله كان غلاماً لم يحتمل معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه وقوله انه أوصى لابنته عمه عمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه أقول ليس ذلك الجواب بسديد أما أولاً فلانه اذا كان لفظ اليافع في الاثر المزبور مجازاً عن مكان بالغام بعض على بلوغه زمان كثير كان معنى اليافع حقيقة غير مراد في ذلك الاثر بل غير واقع في أصل القصة فلو كان الراوي نقله بمعناه الحقيقي لزم أن يكذب في نقله ولا يخفى ما فيه وأما ثانياً فلان قوله وقوله انه أوصى لابنته عمه عمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه ممنوع جداً فان معنى أوصى له عمال ملكه اياه وما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه لا تكاد أن يكون ملكاً لغيره كما لا يخفى نعم لو كان المروي في الاثر أنه أوصى الى ابنته عمه بكلمة الى بدل كلمة اللام لم يلزم التناهي لان معنى أوصى اليه جعله وصياً فيجوز أن تكون ابنته عمه وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ولما كان المروي في ذلك أنه أوصى لابنته عمه عمال لم يبق للتأويل المذكور مجال (قوله وهو يحرز الثواب بالترك على وركته كأيناه) قال في الغاية قوله يحرز الثواب جواب عن قوله ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الزلفي وقوله كأيناه اشارة

(٥٥ - تسلمه ثامن) قوله نقله بمعناه أقول الرد لا تنافي وفي شرح الوحي للرافعي في وصية الصبي المميز وتبديره قولان أحدهما عند الاستاذ أي منصور أنهم ما يحكيان لما روى أن غلاماً من غسان حضرته الوفاة وله عشرة سنين فأوصى لبنت عمه وله وارث فرفعت القضية الى عمر فاجاز وعن عثمان أجاز وصية غلام ابن احدى عشرة سنة ولان الوصية لا تزول ملكه في الحال ونفي الثواب بعد الموت فنصح كسائر القربات وبهذا القول قال مالك وأحمد والثاني وهو الاظهر عند الاكثرين وبه قال أبو حنيفة انهم ما باطلان كهنته واعتاقه وذلك لانه لا عبارة ولا هذا لا يصح معناه وان كان فيه غبطة انتهى (قوله وقوله انه أوصى لابنته عمه عمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه) أقول لو أريد ذلك لقليل الى ابنته عمه (قوله وهو مخالف لقوله تعالى وابتلوا النباي الآية) أقول هذه الآية في أوائل سورة النساء (قوله أو تساويهما ما فيه) أقول فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك أورد المصنف بصيغة التمريض (قوله كانه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب) أقول فيه بحث فان الوصية نوع مضبوط ليس كالطلاق وغيره فليست تأمل

وقوله (بخلاف العبد والمكاتب) يعني اذا قال العبد والمكاتب اذا اعتقت فقلت مالي وصية يصح (لان اهلهم ماستمة) أي تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله (ولا تصح وصية المكاتب) يعني تحيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر آنفا وقوله (والخلاف فيها معروف عرف في موضعه) يعني في باب الخنث في ملك المكاتب والمأذون من أعيان الجامع الكبير وما عرف ثمة هو أن المكاتب اذا قال كل مملوك أملكه (٤٣٤) فيما استقبل فهو حر فعتق فقلت لم يعتق عند أبي حنيفة وعتق عندهم اهما مان

ذكر الملك ينصرف الى ملك كامل قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية ولا ي خنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك أحدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله (وتجوز الوصية للعمل) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة (وبالجل) كما اذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أوبه ومعرفة ذلك بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الاستيعابي في شرح الكافي ومن وقت موت الموصي على ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية (أما الاول) وهو الوصية للعمل فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله) بعدم رته لانه يملك في الحال والاستخلاف

بخلاف العبد والمكاتب لان اهلهم ماستمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال (ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء) لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح وعندهما تصح رد الهالى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فقلت والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال (وتجوز الوصية للعمل وبالجل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والحنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي أخته الا أنه يرد بالرد لما فيه من معنى التملك الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القرى بالخ فانه يفيد اما فضيلة الترك في الثواب أو تساويهما فيه انتهى أقول فيه اشكال لانه ان أراد أن قوله لما بيناه اشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة الى آخره أى الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما ينهى عنه قوله وان كانوا أغنياء يلزم أن لا يتم كلام المصنف هنا فانه انما ينهى في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الرزقي في صورة ان كانوا أغنياء ويلزم أن لا يصح قول الشارح فانه يفيد اما فضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه اذ الافضلية متعينة حينئذ فلا معنى للتريد وان أراد بقوله الخ قوله والموصى به عكلاً بالقبول لتناوله صورة ان كانوا أغنياء أيضاً يلزم أن لا يجزى كلام المصنف هنا وكلام الشارح أيضاً في صورة ان كانوا أغنياء الاعلى القول الضعيف المذكور هنالك بقيل وهو التحيز بين الوصية وتر كها على القول المختار المذكور هنالك أولاً وهو كون الوصية أولى من تركها وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال قال بعض المتأخرين هنا بعد نقل ما في العناية وفيه أن التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى أقول ان قوله ولا حاجة اليه في المقصود ليس بصحيح اذ لا فضلية للترك في صورة ان كانت الورثة أغنياء بل الافضلية فيها الوصية على القول المختار أو الوصية وتر كها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرر فيما سبق والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعي ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الرزقي ولا ريب أن ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يحزر الثواب بالترك على ورثته في صورة ان كانوا أغنياء الا بان ثبت بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوي الوصية وتر كها على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا يتيسر احراز الثواب بتر كها فتصح الحاجة الى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر الى تلك الصورة أيضاً وعن هذا أورد بعض الفضلاء على ما في العناية ما أورد ذلك ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك البعض أورد المصنف بصيغة التبرع انتهى (قوله وتجوز الوصية للعمل وبالجل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أي وتجوز الوصية للعمل مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالجل كما اذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه بشرط أن يعلم أنه موجود في البطن وقت الوصية له أوبه بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي

بخلاف

يصلح الحنين انفا كذا وصية لانها مأخضان فان قيل لو كانتا أختين لما جاز ردها كما لم يجز رده أجاب بقوله (الا أنه) أي فعل الوصية أو الايضاء (يرتد بالرد لما فيه من التملك) دون الميراث لعدم ذلك فيه (قال المصنف وتجوز الوصية للعمل وبالجل اذا وضع لاقل من ستة أشهر) أقول هذا اذا لم تكن المرأة أختي أو صبي بمحملها معتدة فانها حينئذ اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكماً بوجوده في البطن حين الوصية أو حين موت الموصي ففي كلامه نوع قصور (قوله واختاره صاحب النهاية) أقول وصاحب الكافي أيضاً

بمخلاف الهبة لانها تغليظ محض ولا ولاية لاحد عليه لئلا يملكه شيئا

ومجمله الاستيعابي في شرح الكافي واختاره المصنف أو من وقت موت الموصي بان جاءت به لافل من ستة أشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه أبو الليث في باب الوصايا والامام الاستيعابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زيادة ما في العناية وغاية البيان قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام بهذا المنوال أقول ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف في أنه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصي له وبه وقت موت الموصي أو لابد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا لانها تغليظ بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذلك دون وقت الإيجاب بدليل ما ذكره الامام فاضلخان وسيجيء أيضا أنه لو قال أوصيت بثلث مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصي له ثلث ما تركه وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الأصل أنه اذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيته فبين أن منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوي ولم ينتبه لها غيره وهي أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لمالي بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقتئذ لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا ممنوع كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان أن الاعتبار لصحة الإيجاب في الوصايا وجود الموصي به يوم موت الموصي أو وجوده يوم الوصية وذكر هناك أن حاصل هذا الفصل أن الموصي به اذا كان معينا يعتبر لصحة الإيجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من أوصى لانسان بعين لا يملكه ثم ملكه يوما من الدهر لا تصح الوصية واذا كان العين الموصي به في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصي به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصي به يوم الوصية وتعلق الوصية به فلو قال أوصيت لك بثلث غنمي أو بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية حتى لو وجدت للموصي أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لا يكون للموصي له من الأغنام الحادثة شيء ومتى كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصي به يوم موت الموصي فاذا أوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث ماله الذي اكتسبه للموصي له ولم يتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه انتهى فقد ظهر بذلك أن الاعتبار لصحة الإيجاب في أكثر أقسام الوصايا وجود الموصي به وقت الوصية لا وقت الموت فلامعنى لقوله باتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما أي وجود الموصي له وبه وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا وقوله في تعليل ذلك لانها تغليظ بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذلك دون وقت الإيجاب ليس بتمام لان سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز أن يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب كما يجوز أن يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا منشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مر من قبل وقوله بدليل ما ذكره الامام فاضلخان وسيجيء أيضا أنه لو قال أوصيت لفلان بثلث مالي وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصي له ثلث ما تركه ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا على كون الاعتبار وقت الموت فيما اذا كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله أوصيت بثلث مالي لفلان لا فيما اذا كان الموصي به معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسئلة التي سيجيء

وقوله (بمخلاف الهبة)
متصل بقوله وتجوز الوصية
للعمل يعني أن الهبة للعمل
لا تصح (لانها تغليظ محض)
والجنسين ليس بصالح لذلك
لان الملك بالهبة انما ينبت
بالقبض (ولا قدرة لاحد عليه
ليملكه شيئا) يحصل الملك
فيه بالقبض

في الكتاب هذا إذا كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في اسم المال وأما إذا كان معيناً في نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آتفاً وقوله وبديل ما ذكره صاحب المحيط نقلاً عن الأصل أنه إذا أوصى بثلاث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بينه ليس بشام لأن ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه أن يكون الجواب في غير ظاهر الرواية أيضاً كذلك سماعنا عند الطحاوي في أن يثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع ثم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فبين أن منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة التي اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه له غير وهو أن المفهوم عرفاً ولغة إذا قيل أوصيت لمسا في بطنها بكذا كونه موجوداً في بطنها وقتئذ لا يكاد يصح إذا سلم جد أن المفهوم عرفاً ولغة إذا قيل أوصيت لمسا في بطنها بكذا كونه موجوداً وقتئذ بل يكفي كونه موجوداً وقت موت الموصي لثبوت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من أساطين الفقهاء سمياً أصحاب ظاهر الرواية أن لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفاً ولغة ولا ينبغي أن ينسب إلى أحد منهم الغفلة عن شيء من اللغة والعرف فضلاً عن الغفلة عنهم معاً وقوله لأن المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت تحكمكم بحث بل المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها وأما كون نموته في وقت الوصية أو في وقت الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وإنما المعنى له شيء آخر وهو محل الاجتهاد من الفريقين وقد بينه صاحب البدائع بأن قال وجهه ما ذكره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى ثم إن ذلك البعض قال واعلم أن في كلام صاحب الكافي هنا اضطراباً لأنه دل أولاً على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيما أي في الموصي له وبه وأخراً دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لي وجهه انتهى أقول إن صاحب الكافي قال في أول كلامه وتجاوز الوصية للحمل وبالجل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره وأما الثاني فلأنه تجرى فيه الوراثة فتجري فيه الوصاية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد يتقنا بوجوده يوم الموت متى جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان أحدهما أن يكون المضاف مقدراً في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ولا ينبغي أن وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصي فيوافق أول كلامه آخره وقد أشار صاحب معراج الدراية إلى تأويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ما ذكر في المبسوط وثانيهما أن يكون مراده بإيراد آخر كلامه مخالفاً لآوله هو الإشارة إلى وقوع الروايتين في تعيين أول المدة التي يعلم فيها وجود الحمل في البطن وقد خفي على ذلك البعض كل من ذين الوجهين حيث قال لم يظهر لي وجهه ثم أنه أخطأ في قوله وأخراً دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل فإن الذي في آخره إنما هو الوصية بالجل لا الوصية للحمل لأنه قال فيه وأما الثاني ولا ريب أن الثاني في قوله وتجاوز الوصية للحمل وبالجل هو الوصية بالجل ثم إن الرباعي قال في شرح الكنز كوفي الكافي ما يدل على أنه أن أوصى به يعتبر من وقت الوصية وأن أوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى أقول ليس ذلك أيضاً بسديد لأن عبارة الكافي في أول الكلام هكذا وتجاوز الوصية للحمل وبالجل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ولا ينبغي أن قوله من وقت الوصية إن لم يتعلق بقوله بالجل فقط لكونه قرياً منه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالجل فن أن يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما إذا أوصى له نعم ما ذكره صاحب

(وأما الثاني) وهو الوصية به (فلانه) أي (الجل بعرضية الوجود اذ الكلام) فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ولقائل أن يقول في كلام المصنف تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شيء الا بعد أن يكون موجودا وإذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض وقوله (وبأيها أوسع حاجة الخ) وان اختلف في ذهنك تناقض آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بعينها في غير الموجود فالجواب ستمعه ان شاء الله تعالى وقوله (ومن أوصى بجارية) يعني من قال أوصيت بهذه الجارية لفلان الاجلها صحت الوصية والاستثناء جميعا (لان اسم الجارية لا يتناول الجل لفظا) لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صحت استثناءه من الجارية كقبضها وسراويلها بما يتلبس بها وفيه اشارة الى ما يقال الجل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولواستثنى اليد والرجل لم يجز فكذلك الجل وذلك لان اسم الجارية يتناولها (٤٣٧) فان قيل كيف صح الاستثناء وهو

تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرير ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه فانه لم يكن داخلًا فان قيل لان اسم الجارية لا يتناول الجل فانه لو لم يستثنى استحققه الموصي له ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من أحواله أجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعًا يعني انه لم يتناوله بالعموم بل يستحق اذا أطلق الموصي عن قيد

وأما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبأيها أوسع حاجة الميت ومجزم ولهذا تصح في غير الموجود كالقربة فلا تنصح في الموجود أولى قال (ومن أوصى بجارية الاجلها صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الجارية لا يتناول الجل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعًا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الجل بالوصية فجاز استثناءه وهذا هو الاصل أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناءه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه منه وقد مر في البيوع

الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما اذا أوصى بالجل وبهذا ترد المخالفة بين أول كلامه وآخره والخلص ما بيناهما من أحاد الوجهين فتبصر (قوله وأما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية) قال صاحب العناية في شرح هذا الجل وأما الثاني وهو الوصية به فلانه أي الجل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى أقول فيه خلل ظاهر فان زيادة قوله أو الموت في قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للشروح تقتضي أن لا يصح قوله وذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة اذ على تقدير أن وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي لا يعلم وجوده وقت الوصية أصلا فيما اذا مضت بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الجل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية وهذا مما لا ستره به (قوله ومن أوصى بجارية الاجلها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الجل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعًا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الاجلها فسد البيع مع امكان جريان هذا التعليل هناك أيضا لا يقال انما فسد البيع لاصل وهو أن ما لا يصح افراده بعقد لا يصح استثناءه من ذلك العقد

الافراد فاذا أفرد الام لم يبق مطلقا بل بقيت الام بالافراد فصحت الوصية بمقردة وقوله (ولانه يصح) قد ذكره في البيوع

(قوله فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة) أقول فيه بحث فانها اذا وضعت لاقل من ستة أشهر من موت الموصي لا يعلم وجود الجل وقت الوصية اذ قد يكون بين الموت والوصية شهر أو شهران أو يزيد فليتأمل (قوله والجواب ستمعه) أقول في آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى حيث فرق المصنف بين الثمرة المعدومة والولد المعدوم (قوله ولا هو داخل في الموضوع) أقول عطف على قوله ليس بموضوع (قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صحت استثناءه) أقول الاستدلال بهذا على عدم صحة الاستثناء أظهر كما لا يخفى على من يعرف معنى الاستثناء ثم قوله صحت استثناءه يعني لتقرير الملك (قوله لان اسم الجارية يتناولها) أقول ان أرادته قصودا فلاس كذلك وان أراد تبعًا فالجمل كذلك (قوله كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم الا فرسا) أقول فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعًا لا يصح استثناءه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والخلعة من البستان فليتأمل في الفرق

قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) (٤٣٨) الرجوع عن الوصية جائز لوجهين أحدهما أنه تبرع لم يتم لأن تمامها

بحسب الموت الموصى والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه فقيم لم يتم أولى والثاني أن القبول يتوقف على الموت والايجاب المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع أولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به لفلان وقد يكون دلالة وله أنواع ذكر المصنف لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة وقوله (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا

قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) لأنه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولأن القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال (واذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لأنه لا يعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فإذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الأفعال في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله مثل السويق يملكه باليمن والداريني فيه الموصى والقطن يحشوه والبطانة يبطن بها والظاهرة يظهر بها لأنه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لأنه حصل في ملك الموصى من جهته بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لأنه تصرف في التابع وكل تصرف أو جبر زوال ملك الموصى فهو رجوع كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراها أو هبه ثم رجع فيه لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه فإذا أزاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لأنه للصرف إلى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لأن من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريره قال (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد

كذا ذكره محمد) اعلم أن محمد ذكر في الجامع أن جحد الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط أنه رجوع فنر مشايخنا من أهل المذكور في الجامع على الجحد في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لأن الجحد انما يملك له إذا صرح الانكار والانتكار على الغائب لا يصح لأنه من باب المعارضة المقتضية معارضا والمذكور في المبسوط محمول على الجحد بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها الصحة الانتكار حينئذ ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحد لا على الجحد الحقيقي فإنه قال فيه إذا أوصى الرجل لرجل بثلاث ماله ثم قال لقوم

والجمل مما لا يصح أفراد به بالبيع فلا يصح استثناء منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الأمر في الوصية فإن أفراد الجمل بالوصية يصح فكذا استثناء ومنها كما سيأتي في التعليل الثاني لأننا نقول ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الأول فلامعنى للخط ثم ان صاحب العناية قال في شرح أول هذا التعليل لأن اسم الجارية لا يتناول الجمل لأنه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناءه من الجارية كتميه صهاوسرا ويلها عما يتلبس بها انتهى أقول مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لأن اسم الجارية لا يتناول الجمل لفظا صغرى لقياس من الشكل الأول كبراه مطوية وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناءه من الجارية وأن يكون ذلك القياس وحده دليلا مستقلا على صحة استثناء الجمل في مسئلته هذه لكن فيه بحث وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للعمل على صحة استثناءه منها ومعنى الاستثناء يقتضى خلاف ذلك فإن معناه هو الانحراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف أو المنع عن دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف في باب الاستثناء من كتاب الاقرار الاستثناء ما لو لا دخل تحت اللفظ وعلى كل من التبعيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجازية كما عرف في محله سيما في كتب الأصول ويمكن أن يقال إن صيغة الاستثناء وان كانت مجازا في المنقطع إلا أن لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فيجوز أن يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضى تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافي ذلك فيتم التقريب وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه إشارة إلى ما يقال الجمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد والرجل لم يجر فكذلك الجمل وذلك لأن اسم الجارية يتناولهما انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله لأن اسم الجارية يتناولهما حيث قال ان أراد مقصودا فليس كذلك وان أراد تبعا فالجمل كذلك انتهى أقول هذا في غاية السقوط إذ لا شك أن المراد أن اسمها يتناولهما مقصودا وقوله فليس كذلك ليس بشئ إذ لا ريب أن اسم الجارية فيما إذا قال أو صبت

وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعا

اشهدوا اني لم أوص لفلان
لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا
رجوعا لان قوله اشهدوا
اني لم أوص لفلان طلب
شهادة الزور منهم فيكون
معناه قد أوصيت لفلان
بكذا الا اني سأنتكم أن
تشهدوا لي بالباطل وطلب
شهادة بالباطل لا يكون
رجوعا لانه ليس به جحود
حقيقة وما ذكروه في المبسوط
على الجحود الحقيقية وه
رجوع على الروايات كلها
ومنها من قال المذكور في
الجامع جواب القياس
والمذكور في المبسوط جواب
الاستحسان ومنها من قال
في المسئلة روايتان قال شيخ
الاسلام وهو الاصح ومنها
من قال المذكور في الجامع
قول محمد والمذكور في المبسوط
قول أبي يوسف قال شمس
الاعمة السرخسي هو الاصح
لان المعلى قال في نوادره قال
سألت أبا يوسف عن رجل
أوصى لرجل بوصية ثم عد
قال يكون رجوعا وسألت
محمد قال لا يكون الجحود
رجوعا وهو مختار المصنف
واستدل لأبي يوسف بان
الرجوع نفي في الحال والجحود
نفي في الماضي والحال وإذا
كان نفي الحال وحده رجوعا
فني الماضي والحال أولى
أن يكون رجوعا

بهذه الجارية يتناولها بجميع أجزائها الحقيقية مقصودا اذ لا معنى لايصال الجارية بدون يدها أو رجوعها
أو نحو ذلك لا امتناع الانتفاع بها بدون أجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحال فإنه ليس
بجزء منها حقيقة قبل الانفصال أيضا بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصالها بها كما صرح به المصنف في
البيع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها ياء بخلاف أن لا يكون مقصودا عند اتصالها بها كما لا يخفى ثم قال
صاحب العناية فإن قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يراد على ما لا يتناول اللفظ فالجواب أن
صحته باعتبار تقرير ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية كقولنا أوصيت لفلان بالف درهم الا فرسان
الوصية في الالف صححة والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى
منه فإنه لم يكن داخلا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فإنه صرح في كتاب الاقرار أن ما لا يتناوله
اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعه الا يصح استثناءه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار
تقرير الملك لصح في الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والقصر من الخاتم والنخلة من البستان فليست أم في
التفرق انتهى وقد صد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال فإن قلت يشكل حينئذ ما ذكر في كتاب الاقرار
أنه لو قال هذه الدار لفلان البناء فانه في الدار والبناء لان الدار اسم لما أدير عليه الخط والبناء
يدخل تبعه والاستثناء انما يصح عما يتناوله الكلام فصلا لتعاقب حكمه بطلان الاستثناء هناك ولم
يصح به باعتبار تقرير الملك كما صح جوابه هنا قلت انما لم يصح هو ذلك لاستلزامه ابطال حق ثبت بالاقرار
ولا يلزم ذلك في الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غايته أن يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق
التابع انتهى أقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم في تلك المسئلة المذكورة في
كتاب الاقرار على تقدير أن لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للقر له وأما على تقدير أن يصح الاستثناء
فيها فلا يلزم ابطال ذلك أصلا اذ يصير الاقرار حينئذ مخصوصا بمعا عدا البناء اذ قد تقررت في مباحث
الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم
فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان البناء على تقدير أن يصح الاستثناء غير
بناء هذه الدار لفلان وهذا يندفع التناقض المتوهم بين أول الكلام وآخره في أمثلة الاستثناء فظهر
أنه لو صح الاستثناء في مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار قط ثم ان المصير الى جمل
الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد أيضا اذ لو كان الأمر كذلك
لما احتج الى شيء من التعليين المذكورين في الكتاب لمستلزامه ذلك من قبيل التزام
ما لا يلزم فان مسئلة جواز الرجوع عن الوصية سيجي بعقاصيلها وتفاصيلها بعيد هذه المسئلة (قوله)
وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون
رجوعا قال بعض المتأخرين قلت هذا كلام ظاهري والافان في الرجوع عنها معنى فسحها ورفعها
وفي الجحود معنى سلبها ونفي وقوعها وأين هذا من ذلك انتهى أقول ليس المراد بقول أبي يوسف ان جحود
الوصية يكون رجوعا عنها أن الجحود والرجوع متحدان معني بل المراد أنهما متحدان حكما وهو ابطال
الوصية بان لا يثبت الملك للموصي له في تركه الموصي فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الجحود بمعنى
سلب الوقوع انما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم ومبنى استدلاله المذكور على الثاني دون
الأول فلا محذور على أن ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده انما يؤول الى ما ذكره المصنف في

(ولمجد أن الجحود) وهو أن يقول لم أوص أو ما أوصيت له (نفي في الماضي) لكونه موضوعاً لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لا استمرار ذلك إن ثبت ما لم يغير وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جحوده إذا الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلاً فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغواً وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة عن المطلوب فتأمل وقوله (أولاً الرجوع أثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال) دليل آخر لتحقيقه أن أحدهما مركب من النفي والأثبات والآخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعاً حقيقة ولا العكس أيضاً وفيه نظرم من وجهين أحدهما (٤٤٠) أنه قال في الدليل الأول أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال

ولمجد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً أولاً الرجوع أثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة

التعليل الثاني لمجد درجة الله كما لا يخفى على التأمل فلا وجه لتسببه إلى نفسه بقوله قلت (قوله ولمجد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً) قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل ولمجد أن الجحود وهو أن يقول لم أوص أو ما أوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعاً لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يغير وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جحوده إذا الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلاً فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغواً انتهى أقول فيه خلل أما أولاً فلا نه جعل اسم كان في قول المصنف وإذا كان ثابتاً في الحال الكذب وليس يستقيم لأن الكذب ما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف لالفاظه ولا معنى ولا حكماً فكيف يصح أن يكون اسم كان في قوله المذكور ضمنه إراجعه إلى الكذب وأما ثانياً فلا نه لو كان المراد بذلك أن يكون قول المصنف في الحال في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال مستندراً كالأطائل فحينئذ ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغواً من غير فصل بين أن يكون ثبوت ذلك في الحال أو في غيره من الأزمان وأما ثالثاً فلا نه لو كان المعنى ذلك لما تحقق الفائدة من قول المصنف والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فإنه إذا كان الكذب في جحوده ثابتاً بناءً على كون الفرض أنه أوصى ثم جحد كان جحوده لغواً باطلاً لا يحكم له أصلاً سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورة ذلك أو لم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل انتهى أقول فيه نظر لأن المصادرة على المطلوب إنما تلزم أن لو كان معنى كلام المصنف وإذا كان الوصية أو الحق ثابتاً في الحال لعدم كون الجحود رجوعاً كان الجحود لغواً وليس معناه ذلك بل معناه وإذا كان الإيصاء والحق ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جحوده إذا الفرض أنه أوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغواً حيث كان النفي في الماضي باطلاً لظهور الكذب فبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله أولاً الرجوع أثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة) قال في العناية فيه نظرم من وجهين أحدهما أنه قال في الدليل الأول أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وهنا قال والجحود نفي في الماضي

ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما متناف والثنائي أنه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعاً حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازاً صونا لكلام العاقل عن الالتفاء والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعاً وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعاً وهو الأول فلا تنافي وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي متضادان والتضاد ليس مسن مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الأنوار والتقرير ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعاراً لالفاظ لأن الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارتهما أحدهما للآخر

(قوله وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال) أقول لا يخفى عليك أن الكذب غير مذكور هنا ولا هو في حكم المذكور (ولو حتى يرجع إليه الضمير أيضاً إذا كان المراد ذلك كان التقييد بقوله في الحال خالياً عن الفائدة (قوله وكلاهما مصادرة عن المطلوب) أقول فيه بحث فإنه إذا جعل اسم كان ضميراً الوصية واستدل على صدق المقدم بما ذكره كما فعله الاتفاق لا يلزم المصادرة فإن المدعى هو عدم كون الجحود رجوعاً كما لا يخفى (قوله والجواب عن الأول أن قوله الخ) أقول ويجوز أن يجاب عنه أيضاً بأنه مبني على التثنية والتسليم (قوله وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي الخ) أقول وقد سبق منه أيضاً في باب الوكالة بالخصومة والقبض

وقوله (ولو قال كل وصية

أوصيت بها) واضح وقوله (لأن اللفظ يدل على قطع الشركة) قبل لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وإنما جعل تلك الوصية بعينها غيره وقوله (لما بينا) إشارة إلى هذا التعليل وقوله (وقد ذكرنا حكمه) يريد به ما تقدم من التوقف على إجازة بقية الورثة فإن أجازوا جازوا لا فلا

(ولو قال كل وصية أوصيت بها فلان فهو حرام وربما لا يكون رجوعا) لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل (بخلاف ما إذا قال فهي باطلة) لأنه المذهب المتلاشي (ولو قال آخرتها لا يكون رجوعا) لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين (بخلاف ما إذا قال تركت) لأنه إسقاط (ولو قال العبد الذي أوصيت به فلان فهو لفلان كان رجوعا) لأن اللفظ يدل على قطع الشركة (بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر) لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (وكذا إذا قال فهو لفلان وأرى يكون رجوعا عن الأول) لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان لا تخرم متباين أوصى فالوصية الأولى على حالها) لأن الوصية الأولى انما تبطل ضرورة كونها الثانية ولم يتحقق فسق الأولى (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهي للورثة) لبطان الوصيتين الأولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلاث المال

قال (ومن أوصى لرجل بثلاث ماله ولا آخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثلاث بينهما) لأنه يضيّق الثلاث عن حقهما إذا لم يزد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم وقد تساوى في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وإن أوصى لأحدهما بالثلاث وللآخر بالسدس فالثلاث بينهما أثلاثا) لأن كل واحد منهما ما يذلي بسبب صحيح وضاق الثلاث عن حقيقهما فيقسمانه على قدر حقيقهما كما في أصحاب الدون فيجعل الأقل سهما والأكثر سهمين فصارت ثلاثة أسهم لصاحب الأقل وسهما لصاحب الأكثر (وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثلاث بينهما على أربعة أسهم عندهما وقال أبو حنيفة الثلاث بينهما نصفان

والحال وبينهما اتفاق والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه بجازا صونا للكلام العاقل عن الانعاء والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الأول فلا تنافي وعن الثاني بأن الرجوع والجود بالنظر إلى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في اللفاظ الشرعية على ما قررناه في الأور والنقد يرتضى أقول بردي على جوابه عن النظر الثاني أن جواز استعمال الجود في الرجوع مجاز لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التصادي بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز في اللفاظ الشرعية أن لا يجوز استعمال الجود في الرجوع مجازا أصلا بل يجوز أن تكون العلاقة بينهما اشتراكا في معنى خاص وهو كونهما تافين في الحال وإن كان الجود نافيا في الماضي أيضا كما أفصح عنه في غاية البيان وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط والاصح قول أبي يوسف رجه الله ووجهه أن الجود كذب حقيقة لأنه لا يمكن أن يفسخ مجازا فيحصل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الانعاب قدر الامكان وأمكن حمله على الفسخ لأن الموصى بنفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والإجازة إذا جحد أحد المتعاقدين لأن هناك تميز حله على الفسخ لأن أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو جحد أحدنا قول بانفساخ العقد وبخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الأصل بأن قال لم أتزوجك لأن هناك أيضا تعذر حله على الفسخ لأن النكاح لا يحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق إذا لم يشابهة بينهما لأن الجود ينفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى تبصر

باب الوصية بثلاث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي

وللا آخر بالسدس) واضح

وقوله (ولا يضرب أبو حنيفة) أي لا يجعل من ضرب في ماله سهم أي جعل ومفعول لا يضرب محذوف أي لا يضرب شيئا وصورة المحابة عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستائة وأوصى بأن يباع أحدهما للفنان بمائة والاخر لفنان بمائة فانه حصلت المحابة لاحدهما بألف والاخر بخمسمائة والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له غيره ولم تجز الورثة جازت المحابة بقدر الثلث فيكون بينهما الثلث لا يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهي الألف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف في أكثر من خمسمائة وصورة السعاية أن يوصى بعقود عبدان قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيره ما ان اجازت الورثة عقدا جميعا وان لم يجزوا اعتق من الثلث وثلث ماله ألف فادلف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف الذي قيمته ألفان ويسمى في الباقي الثلث الذي قيمته ألف ويسمى في الباقي وصورة الدراهم المرسلة أي المطلقة هي أن يوصى لرجل بألفين وللآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما ما ثلثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته (٤٤٣) لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من

الثلث ولا كذلك فيما اذا
أوصى لرجل بثلث ماله
ولا آخر بنصف ماله أو
بجميع ماله لان اللفظ في
مخرجه لم يصح لان ماله لو
كثر أو خرج له مال آخر
يدخل فيه تلك الوصية ولا
يخرج من الثلث (لهم في
الخلافة) وهي ما اذا أوصى
لاحد ما بجميع ماله
ولا آخر بثلثه (ان الموصى
قصدي شيئين الاستحقاق)
على الورثة فيما زاد على
الثلث وتفضيل بعض
أهل الوصايا على بعض
(وقد امتنع الاستحقاق لحق
الورثة ولا مانع من التفضيل
فيثبت كما في المحابة)
والسعاية والدراهم المرسلة
ولا يحنيفة أن الوصية

ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحابة والسعاية والدراهم المرسلة) اهمافي
الخلافة أن الموصى قصدي شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من
التفضيل فيثبت كما في المحابة واختيها وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من
الورثة اذ لا تنفيذ لها بحال فيبطل أصلها والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل بطلانه كالمحابة
الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لانها تنفذ في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في
المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا أوصى
بعين من تركته وقيمه تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث
تملق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا في النهاية والعناية (قوله وهذا بخلاف
ما اذا أوصى بعين من تركته وقيمه تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج
من الثلث) أشار به في الكلام الى صورة نقض ترد على وجه الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين المسائل
الثلاث المجمع عليها وبين الخلافة وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما اذا أوصى بعبد بعينه
لاسان قيمته ألف وبعد آخر بعينه لاسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فان الخلاف المذكور
نابت فيه أيضا مع انه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة
لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية
في تصوير صورة النقض ههنا بان كان عبدا أوصى به لرجل وثلث ماله لا آخر ولا مال له سوى العبد
ولم تجز الورثة فالثلث بينهما مناصفان وان احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث
المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال اه (أقول) فيه خلل لان الموصى به يصير اذ ذلك
هو العبد وثلث المال ولا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له في جميع ما سماه له
بدون اجازة الورثة وان زاد مال الميت جدا لان العبد يكون رائدا على الثلث في تلك الصورة لاحتمال ولا

وقعت بغير المشروع وحاصله أن التفضيل انما يثبت بناء على
الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه (للمحابة الثابتة في ضمن البيع) تبطل بطلان البيع وهذا لان الزيادة لما
بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساوىان فكذلك ههنا (بخلاف مواضع الاجماع) يعني المحابة واختيها وهو واضح وقوله
(وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته) صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله (وان احتمل أن يزيد المال فيخرج
من الثلث) يعني بان كان عبدا أوصى به لرجل وثلث ماله لا آخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما مناصفان وان
احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال

(قوله أي لا يجعل من ضرب في ماله سهما) أقول المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب وتفصيله في شرح الوفاة لصدر
الشريعة (قوله وصورة الدراهم المرسلة أي المطلقة) أقول يعني غير المقيدة بأنها ثلث أو نصف أو نحوهما كذا في صدر الشريعة
(قوله صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها) أقول أي على دليلها

وقوله (لان هنالك الحق تعلق بعين التركة) يعنى أن حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة أيضا تعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين بخلاف آلاف المرسلة ولهذا لو هلكت بنفذ فيما استفاد لم تتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه قال (ومن أوصى بنصيب ابنه) ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن يمت (وان أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) كان له ابن أولم يكن (لان الأول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز (والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر بقدره) وقال زفر جازت الأولى كالثانية نظر الى حال الوصية فان المال كله له في ذلك الحال لكونه حيا بعد والمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء (٤٤٣) (وجوابه ما قلنا) وهو قوله لان الأول

وصية بمال الغير (قوله ولو أوصى بسهم من ماله) معناه فله السدس لا يزيد عليه ولا ينقص منه فان قيل أحسن الانصاء اقله والتمس أقل من السدس فكيف جعله يعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة أما لا تفرق روى عن ابن مسعود وقد دفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى أن السهم هو السدس وأما اللغة فان ابن بن معاوية قاضى بصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المسوط والجامع الصغير

لان هنالك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي آلاف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما استفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال (وانذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لان الأول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر تجوز في الأول أيضا فينظر الى الحال والشكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الآن بنقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزيد عليه وهذا عند أبي حنيفة وقاله مثل نصيب أحد الورثة ولا يزيد على الثلث الآن يجيز الورثة) لان السهم برأيه أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والأقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد دفعه الى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروى

يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة فتكون تلك الصورة بخلافه للأسائل الثلاث المجموع عليها حيث أمكن في هاتيك المسائل الثلاث تنفيذ الوصية في جميع ما سماه له ما في الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبي حنيفة هنا بل انما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل (قوله لان هنالك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي آلاف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما استفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة) هذا هو الجواب عن النقض الذي أشار اليه آنفا قال الزيلعي في التبيين بعد ما نقل ما في الهداية هنا وهذا ينتقض بالمحابة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث اه (أقول) ليس هذا النقض بوارد لان المحابة متعلقة بالتمن لا بالعين وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالمحابة لانها وصية بالتمن فصارت بمنزلة المال المرسل اه (قوله ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الآن بنقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزيد عليه) اعلم أن هذا محل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحجج الشراح في حله فقال أكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزيد عليه ولا ينقص عنه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه

قال في الكافي فعلى رواية الأصل يجوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جواز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المسوط وقوله (ولا يزيد عليه) ليس في رواية الجامع الصغير فامانة اطلع على رواية غيرهما واما أنه جمع بينهما (وقال له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزيد على الثلث الآن يجيز الورثة) ومقرعهما المعروف (فان السهم برأيه أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والأقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد) أي الأقل (على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة) ولأبي حنيفة ما ذكرناه آنفا في جواب السؤال من أن ابن مسعود وقول ابن عباس

(قوله ولم يجوز النقصان عن السدس) أقول الى هنا لفظ الكافي (قوله وقوله ولا يزيد عليه الخ) أقول فيه تأمل فان الظاهر ان المرادنى الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا فيشذبه يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير

وقوله (ولانه يذكر ويراد به السدس الخ) (٤٤٤) مشكل وذلك لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا

ولانه يذكر ويراد به السدس فان ايا سا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى

وفي بعضها فيعطى الأقل منهما وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعنى ان كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وان كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لأن السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وان كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما ذكر في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه وان كان مراده السدس فاعمل بالدليلين وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منها ما يؤدي الى نقصان عن السدس وفي الكتاب الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس

(قوله وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه) أقول فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا بل على تقدير كون أخس السهام ناقصا من السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب نعم يرد عليه أن العمل بالدليلين يوجد اذا أعطى السدس اذا كان أخس السهام أكثر وأعطى ذلك

لو كان المراد هذا المعنى لما كان لادائه بمثل هذا التركيب المعضل المشوش وجه وهل يليق هذا بمنصب المصنف وقال بعضهم معنى قوله ولا يزداد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما اذا كان أخس السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكتا عن بيان الحكم اذا كان أخس السهام أزيد من السدس اه (أقول) لا يخفى على الفطن ان قول المصنف رحمه الله في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى أن يكون ما للموصى له في هذه المسئلة عنده هو السدس مطلقا أى سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصا عنه أو زائدا عليه فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور فان في رواية الجامع الصغير تجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنه والتعليل المذكور يناقض ذلك وقال صاحب العناية فان قيل أخس الانصاء أقله والثلث أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه لما ذكره في الكتاب من الاثر واللغة اه (أقول) الجواب منظور فيه لان ما ذكر في الكتاب انما يستدعى جعل السهم بمعنى السدس لاجل أخس الانصاء الذى هو أقلها بمعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب ما يفهم عما ذكر في النهاية نقلا عن المبسوط وهو ان أقل الانصاء باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس وأما الثلث فانهما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجة وما يكون عارضا في مزاجته ما هو أصل كالعدم فيحمل اللفظ على أقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضوع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شئ وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل تجوز أبو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير تجوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما أنه اطلع على رواية غيره ما واما أنه جمع بينهما الى هنا لفظ العناية (أقول) كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح في الكافي بأن أبا حنيفة جوزه على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وجوزه على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الارضاء ومعنى رواية المصنف على ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسئلة ان أبا حنيفة رحمه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تحتمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله واما أنه جمع بينهما وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تأمل فان الظاهر ان المراد نفي الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا حيث يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير اه (أقول) ليس هذا مستقيم فان التعليل الذي ذكره المصنف من قبيل أبي حنيفة رحمه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى لا محالة أن يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضى أن يكون المراد بنفي النقصان عن السدس مطلقا لا مجال لأن يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لأن يكون المراد به رواية الاصل وقد كنت تنهت عليه فيما مر آنفا (قوله ولا يزداد ويراد به السدس الخ) قال

وأيضاً قوله (مأذ كرنا) ان أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اباس وان اراد به الأقل منهم ما عدا الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس وأرى أن المراد بقوله مأذ كرنا هو الأقل منهما ليكون معنى النسختين واحداً وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي مأذ كرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كآثرى تسمية وان كان غير ذلك فانه أعلم به وجهه المقلد وموعه وصورة المسئلة ما اذا أوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وترك زوجها وبناتها رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول أبي حنيفة (٤٤٥) وعندهما يعطى الربع أى مثل الربع فيعطى الخمس فجعل المسئلة على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في أصل المسئلة فيخرج التكسر وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في أربعة فهو أربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزداد مثل أخس سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهي أربعة فتصير خمسة يعطى الموصى له سهماً والزوج سهماً وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فالبنت وانما كان كذلك لأن الموصى أوصى مثل نصيب الزوج ومثل الشئ غيره فيزداد مثل الربع على الأربعة ليكون المزد مثلاً للربع وأما على رواية الأصل فتخرج به كغيريجهما

مأذ كرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزة

صاحب العناية قوله ولانه يذكرو ويراد به السدس الخ مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى مأذ كرنا وفي بعضها فيعطى الأقل منهما وقسم الاول بعض الشارحين فقال يعنى ان كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لمأذ كرنا أن السهم عبارة عن السدس وان كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة عملاً بالدليل فان كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وان كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه وان كان مراده السدس فانه عمل بالدليلين اه واعترض بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقاً بل على تقدير كون أخس السهام ناقصاً عن السدس فيصلح ذلك دليلاً لما في الكتاب اه (أقول) قد مر منا غير مرة ان قول المصنف رحمه الله في تعليل هذه المسئلة من قبل أبي حنيفة بقوله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام يقتضى كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقاً فلا يصلح مأذ كره بعض الشارحين دليلاً عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منهما فتؤدى الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس وأيضاً قوله مأذ كرنا ان أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اباس وان اراد به الأقل منهم ما عدا الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس اه وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن قوله وأيضاً قوله مأذ كرنا الخ حيث قال لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكرو ويراد به السدس ويذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتامل اه (أقول) ليس هذا بشئ لأن أثر ابن مسعود رضي الله عنه هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني مأذ كره ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضاً أثر ابن مسعود في لزوم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية وأرى أن المراد بقوله مأذ كرنا هو الأقل منهم ليكون معنى النسختين واحداً وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي مأذ كرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين اه

وعلى هذا أقس أمثالها وخرجهما على الرويتين وقوله (قالوا) أى مشايخنا (كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزة)

(قوله وأيضاً قوله مأذ كرنا الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكرو ويراد به السدس ويذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتامل (قوله وأرى أن المراد بقوله مأذ كرنا هو الأقل) أقول كيف يراد مأذ كره وأثر ابن مسعود يدل على تعيين السدس فلا يستقيم التفرع في قوله فيعطى وأرى ان ذلك ليس إشارة الى رواية المبسوط ولا الى رواية الجامع الصغير والافيزم المخالفة بين الدليلين فتدبر (قوله على رواية الجامع الصغير يعطى السدس) أقول بل ذلك رواية المبسوط على ما نقله من الكافي وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له الربع (قوله وأما على رواية الأصل فتخرج به الخ) أقول فيه نظراً بل على رواية الجامع الصغير يخرج به كغيريجهما

قال (ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال (ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى مجلس آخره ثلث مالى وأجازت الورثة قوله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى غيره سدس مالى لفلان فله سدس واحد) لأن السدس ذكر معرفاً بالاضافة الى المال

(أقول) هذا الذى ذهب اليه سقيم جداً لا ينبغي أن يريده العاقل فضلاً عن مثل المصنف الفطن الكامل فان قوله فيعطى ما ذكرنا مذكور بصداقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المحقة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الاشارة الى الدليل الى ما يخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور فى الكتاب من كتابين روايتي المبسوط والجامع الصغير مما لا مجال له كما يناء فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو من كتب من روايتين (قوله ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان) قال صاحب التسهيل أقول دلت هذه المسئلة على ان أحداً لو أقر بمجهول كقوله لفلان على دين ولم يبين قدره مات مجهلاً يجر ورثته على البيان وكذا لو أقيم البيعة على أقراره بمجهول ينبغي أن يقبل ويجبر ورثته على البيان اهـ ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت ما ذكره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له فاذا مات الجبر فى حياته بوفاته سقط سيما اذا كان بتقصير من المقر له فلم ينب عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركه ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احياء لحق ثابت اهـ (أقول) ليس هذا بسدس بل انهم صرحوا بان ليس من شرط القياس أن يكون المقيس فى معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكفي الاشتراك فى علة هى مدار الحكم فى المقيس عليه فمجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الاقرار بالمجهول فى كون تعلق حق الغير به فى الاقرار من وقت الاقرار وفى الوصية بعد الموت لا يضر بجهة القياس المنفهم عما ذكره صاحب التسهيل وانما يضر بها الفرق فى العلة التى هى مدار الحكم وهو ليس بتحقيق هنا فانه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون مقام الموصي احياء حق ثابت بالوصية كان ينبغي أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول أيضاً اذا مات مجهلاً لاجل اطلاق ثابت بالاقرار فقول ذلك البعض فاذا مات الجبر فى حياته اقر بوفاته سقط ان أراد به انه سقط عنه الحق أصلاً وليس بصحيح اذ لا شئ انه لا تسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركه وان أراد به انه سقط عنه الجبر لعدم امكانه وان كان بقى أصل الحق عليه فهو مسلم لكن لان سلم قوله فلم ينب عنه ورثته فانه لما بقى حق المقر عليه وكان ذلك عليه مجهولاً محتاجاً الى البيان لعدم امكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزاً عن البيان بعدم موته كان ينبغي ان ينوب عنه ورثته فى البيان كما فى الوصية بالمجهول تأمل تقف (قوله ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى مجلس آخره ثلث مالى وأجازت الورثة قوله ثلث المال ويدخل السدس فيه) لان الكلام الثانى يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد به ايجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخل فى الثلث لانه متيقن وجمال كلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث

ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان (ولو أوصى ببعض من ماله أوطائفة أو بنصيب أو بشئ فالحكم كذلك وقوله) وأجازت الورثة فله ثلث المال (فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والالم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل فى الثلث من حيث انه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد بها ايجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخل فى الثلث لانه متيقن وجمال كلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث

وقوله (والمعرفة متى أعيدت يراد بالثاني عين الاول) قد قررناه في التقرير بمستوفى بتوفيق الله تعالى قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه) (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه) (فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما) أي من الهالك والباقي (مشارك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويتوى ما بقي منه عليها وصار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة) وهو القياس (ولنا أن هذا الجنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم في الواحد) أي يمكن جمع حق شائع لكل واحد في فرد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة) مع ما فيه من الجمع وإذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديم الوصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبعية وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل على أصل وتبع اذا هلك شيء منه أن يحبس الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك الى الربح الذي هو تبعية لا الى رأس المال (وصارت الدراهم) أي صارت الوصية بثلاث الدراهم كالوصية بالدراهم الواحد ولو أوصى بدراهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدراهم فكذلك هذا وقوله (بخلاف الاجناس المختلفة) (٤٤٧) جواب عن قول زفر كما اذا كانت

التركة أجناسا ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقي فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقى الكل مشترك بين الورثة والموصى له اذ لا نأخذنا هلك هلك على الشركة وما سبق بقى عليها اثنان ونظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلاث ثيابه وأما اذا أوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه من جنس واحد

والمعرفة اذا أعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي) وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهما ويتوى ما توى منه على الشركة ويتوى ما بقي منها عليها وصار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جميع حق أحدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجعلناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدراهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذلك تقديمها قال (ولو أوصى بثلاث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا) اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكمل والموزون بمنزلة ما لا يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة (ولو أوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه ثياب اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول أشبه للفقهاء المذكور

به من الرصية هو الثلث لكن لا بطريق محله على أحد محتمليه كما زعموا بل يجمع له بمنزلة أن يقال بدأ ثلث مالي وصية لان المتيقن بثبوت الثلث يجمع مع الاحتمالين لا بأوله الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا بشئ اذ لا شك أن المتيقن بثبوت الثلث بأول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول يقتضي ثبوت الثلث بالارباب والضمم الاحتمال الثاني اليه انما يفيده جواز اعادة النصف

أو بثلاث ثلاثة من الدور وليس له الا ثلث الباقي لكثر تفاوت هكذا أجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلاف المشايخ (فقيل هذا قول أبي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة) فيها أما على قولهما فالدور رجنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه أبو الليث والامام غير الاسلام وقيل المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له (أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك) أي بدون اجتهاد القاضي وجمعه (يتعذر الجمع) واذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك (والاول) وهو أن يكون في المسئلة اختلاف (أشبه للفقهاء المذكور) وهو أن أباحنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجمع لها أجناسا مختلفة وهما يران ذلك لانهم ما يجمع لاجناسا واحدا

(قوله لان كل واحد منهما أي من الهالك والباقي) أقول ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من فوي الدراهم والغنم بل هذا المعنى الأم لقوله يتوى ما توى الخ قال العلامة الاتقاني في وجه قول زفر ان الموصى له مات بقي المال مشترك بين الورثة والموصى له والمال مشترك اذا هلك بعضه هلك على الشركة واذا بقي بقي على الشركة فكذلك هلك الذي هلك اثنان والذي بقي بقي اثنان لا يقول زفرناخذ فهو القياس انتهى وفيه فوائد لا تحصى (قوله ونظهر من هذا قوله) أقول قوله قوله فاعل ظهر

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم) ومن أوصى لرجل بألف درهم (وله مال عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقدا (دفع) الألف منه (إلى الموصي له) وإن لم يخرج فإن كان النقد ألفا دفع منه إليه ثلثه (وكما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف لأن الموصي له شريك الوارث) والأصل في المال المشترك أن يوفي حق كل من الشر كاهل بالبخس ولا يبخس في حق أحد بتخصيص الموصي له بالعين (٤٤٨) في الأول فيصار إليه وفي الثانية يبخس في حق الورثة بتخصيص الموصي له بألفين (لأن للعين

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصي له) لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير يبخس فيصار إليه وإن لم يخرج دفع إليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف لأن الموصي له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين يبخس في حق الورثة لأن للعين فضل عن الدين ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال وإنما يصير مالا عند الاستيفاء فأنما يعتدل النظر بما ذكرناه قال (ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله فاذا عمر وميت فالثلث كله لزيد) لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يراحم الحي الذي هو من أهلها كما إذا أوصى لزيد وجدار

ولأن تأثيره في ثبوت الثلث لثبوت يدون ذلك فالعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور ولا ما زاد ذلك البعض من عند نفسه وقال صاحب العناية فإن قيل إذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والالم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وأن أجازت الورثة لأن السدس يدخل في الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالنسبة زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد به الإيجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخل في الثلث لأنه متيقن وجلال الكلام على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث اه (أقول) في قوله وجلال الكلام على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث بحث لأن ما يملكه إنما يكون هو الإيصاء بالثلث إذا لم يخرج من الورثة وأما إذا أجازت كما هو المفروض هنا فيمالك الإيصاء بما زاد على الثلث أيضا ويملكه المجازة من قبل الموصي عندنا كما هو في أوائل هذا الكتاب فلا يتم هذه اللمة تدبر (قوله لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير يبخس فيصار إليه) أقول فيه نأمل فأنه إنما يظهر أن لو كان حق الموصي له في المال خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معا كما صرحوا به وقالوا الأصل فيه أن الوصية المرسلة تكون شائعة في كل المال لكون الموصي له إذا كان شريك الورثة وعن هذا لا يأخذ الألف كمال في صورة أن لم يخرج الألف من ثلث العين وإذا كان حق الموصي له شائعا في جميع التركة الذي هو العين والدين كشروع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصي له بالعين في صورة أن خرج الألف من ثلث العين تخصا في حق الورثة كما في الصورة الأخرى إذ يلزم حينئذ أن يأخذ الموصي له جميع حقه من العين الذي له فضل على الدين وبأخذ الورثة بعض حقه من العين وبعض حقه من الدين وهذا يبخس في حقهم لاحتالة منافي لما يقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبيين المتأمل في الدفع ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله فاذا عمر وميت فالثلث كله لزيد) لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يراحم الحي الذي هو من أهلها كما إذا أوصى لزيد وجدار (قال صاحب العناية في شرح هذا المقام) وأندفع بقوله فلا يراحم الحي ما إذا أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة فمات أحدهما فالباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث اه (أقول) في تقرير الشارح المذكور هنا قصور أما أولا فلا أنه أضاف اندفاع الاشكال

فضلا على الدين) على ما ذكرنا في الكتاب فكان فيه ما ذكرنا تعديل النظر للجانبيين قيل الموصي به ألف من المال والدين ليس بمال فإن من حلف أنه لا مال له لم يحنث بدون له على الناس سلمناه وأمكن لأن سلم أن الموصي له شريك الورثة مطاعا فإن من أوصى لرجل بشيء معين وهو يبخس من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكه لوجب على الوارث حصة الموصي له فيما بقي من المال والجواب عن الأول أن الموصي به ألف أعم من أن يكون مالا في الحال أو في المال لأن الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني بأنه شريك الوارث إذا كانت في غير معين وأما في المعين فإن الوارث كالمودع لا يضمن إذا لم يتعد وقوله (ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله) واضح وأندفع بقوله (فلا يراحم الحي) ما إذا أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة فمات أحدهما فالباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث اه (أقول) في تقرير الشارح المذكور هنا قصور أما أولا فلا أنه أضاف اندفاع الاشكال

بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصي بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لأن استحقاق الحي منه ما يجمع الثلث بعدم المراجعة عند إيجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه

(قوله فإن الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما) أقول قد سبق أن الوصية تلك بالقبول الألف مسئلة فنذكر فانه يتبعها ههنا (قوله حال الملك) أقول يعني حال موت الموصي

وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم عوته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمره وقلم يرض للحي
 الانصف الثلث بخلاف ما اذا علم عوته لان الوصية لليت اغوف كان راضيا بكل الثلث للحي وان قال
 ثلث مالي بين زيد وعمر ووزيد ميت كان لعمر ونصف الثلث لان قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد
 منهم انصف الثلث بخلاف ما تقدم ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال
 ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق
 الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت) لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت وينت
 حكمه بعد فمستطوع وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لم يبق
 ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطله لاذ كرنا أنه
 ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفرواته عند الموت وان لم
 يكن له غنم فاستفاد ثم مات

والضمير في قوله لان الوصية
 عنده للوصى والباقي
 ظاهر وقوله (ومن أوصى
 بثلث ماله) ظاهر

بالمسئلة التي ذكرها الى قوله فلا يترحم الحي مع ان اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لان الميت ليس
 بأهل للوصية في الحقيقة وانما قوله فلا يترحم الحي متفرع على ذلك والاصل أن يضاف الحكم الى
 الاصل دون الفرع وأما ثانيا فلأن الظاهر من قوله لوجود المراجعة بينهما مال الملك أن يكون
 المراد بالمراجعة المنقبة في قول المصنف فلا يترحم الحي هو المراجعة حال الملك وهي حال موت الموصى
 وذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا أوصى لزيد وعمر وثلث ماله وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت
 الموصى كان للباقي منهم انصف الثلث لا كله كما صرحوا به مع أن العلة هناك أيضا التزام وان التزام
 فيه انما يتصور في حال ايجاب الموصى لافي حال الملك اذا كان أحدهما ميتا في حال الملك ولا يترحم الميت
 غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيمات بعد حيث قال ولم يفرق بين
 علم الموصى بحجته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهم ما لجميع الثلث بعد المراجعة عند
 ايجاب الموصى وفي هذا الفرق بين العلم وعدمه اهـ وأما ثالثا فلانه لم يتعرض لبيان اندفاع الاشكال
 بمسئلة أخرى أيضا بعبارة الكتاب وهي أي تلك المسئلة ما اذا أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة فمات
 أحدهما قبل موت الموصى فان للباقي نصف الثلث هناك أيضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذكور
 في الكتاب يفي باندفاع ذلك أيضا فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المأام ما افاده صاحب النهاية
 حيث قال وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو أوردوا شبهة على هذه المسئلة بأن قالوا ما الفرق بين هذه
 المسئلة وبين ما لو أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة ثم مات الموصى ثم مات أحدهما كان للباقي نصف الثلث
 والنصف الآخر لورثة الميت منهما وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصى كان للباقي نصف
 الثلث ولكن هنا كان النصف الآخر للوصى لما ان في المسئلة الاولى قد عت الوصية لهما بموت الموصى
 ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث
 وفي المسئلة الثانية لما مات أحدهما قبل موت الموصى بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف
 الى ما بعد الموت فيستطوع بقاء من أوجب له عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصى
 فيبطل نصيبه كالمات أحد الورثة قبل موت المورث ولا آخر نصف الثلث لان الانقسام قد حصل
 بينهم عند ايجاب ليكون كل واحد منهما أهلا لا يوجب الوصية له فيبطلان حق أحدهما لا يزداد
 نصيب الآخر كما لو ردا أحدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث وهذا على خلاف مسئلة الكتاب فان
 فيها للحي كل الثلث لان الميت ليس من أهل الوصية له فانما يتنقص حقه باثبات المراجعة ولم تنبت
 المراجعة حيث كان الآخر ميتا فبقى الثلث للحي منها بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللولى فالثلث كله

وقوله (فالصحيح أن الوصية تصح لأنها لو كانت بلفظ المال تصح فكذلك إذا كانت باسم نوعه وهذا لأن وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذا ما لتيه التوجد في مطلق المال ولو أوصى بشاة ولم يصفه إلى ماله ولا غنم له قبل لا يصح لأن الصحيح إضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقبل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس في ماله شاة علم أن مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءاً من الغنم بخلاف ما إذا أضافه إلى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

فصار بمنزلة التعيين كالأوصى بهذه الشاة ولم تكن في ملكه ثم ملك فانها غير صحيحة قال الفقيه أبو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لأنه أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال وقوله (وعلى هذا يخرج كثير من المسائل) فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال بقبض من حنطة من مالي وبثوب من مالي فإنه يصح الإيجاب وإن لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما إذا قال من حنطتي أو من ثيابي فإنه إذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء للوصى له والفرق ما ذكرناه

(قوله قال الفقيه أبو الليث) أقول في كتاب نكت الوصايا

فالصحيح أن الوصية تصح لأنها لو كانت بلفظ المال تصح فكذلك إذا كانت باسم نوعه وهذا لأن وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذا ما لتيه التوجد في مطلق المال ولو أوصى بشاة ولم يصفه إلى ماله ولا غنم له قبل لا يصح لأن الصحيح إضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقبل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس في ماله شاة علم أن مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءاً من الغنم بخلاف ما إذا أضافه إلى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

لقد ان إلى هنا لفظ النهاية فتبصر (قوله) ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعله جزءاً من الغنم) اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة موضع ولا غنم الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة وبينهما فرق لأن الشاة فرد من الغنم فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن إذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحد لا كثير فعبرة الهداية تناوأت صورتين ما إذا لم يكن له شاة أصلاً وما يكون له شاة لا غنم له ففي صورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول إلا الصورة الأولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبرة الهداية أشمل لكن هذه أحوط اه كلامه ورد عليه صاحب الإصلاح والابضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لأن الشاة فرد من الغنم فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو وقف يمين حنطتي فإن الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اه وقال في حاشيته خطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في صورتين اه وقصد بعض المتأخرين أن يجب عنه حيث قال به ونقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الأفاضل بما حاصله أن عبارة الوقاية هي الصواب وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس أن نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لأن الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لأنه أوصى بشاة من غنمه فإذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة إلى هنا كلامه (أقول) الظاهر عندي عما ذكره في تعليل هذه المسئلة أن تصح الوصية بوجود شاة واحدة لأن الموصى به في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجوداً حينئذ فتصير الوصية بشيء موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية هنا سوى كون الموصى به معدوماً فإذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع نعم لا يوجد حينئذ ما أضيفت الشاة إليه من الغنم على تقدير أن يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكون المقصود من الإضافة إلى الغنم تعيين أن مراده عين الشاة لا ماليتها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الإضافة إليها ولا يقتضي وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به وبما يرشد إلى كون جواب هذه المسئلة فيما إذا لم توجد شاة أصلاً أنه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو وقف يمين حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الإسلام علاء الدين السبكي في شرحه لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده الوصية بعين الشاة لأنه جعله جزءاً من الغنم وأنه يصلح جزءاً من الغنم بصورته ومعناه فصار الوصية بشيء معدوم

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده) مذكروا واضح صورة وتعليل خلا قوله وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية لمن جائزة استحسانا والقياس أن لا تصح لأن الوصية تعليل مضاف الى ما بعد الموت فاعلم ان الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة والوصية لأمته بشئ غير رقبته باطله وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله أن يقصد وصية صحيحة لا باطله والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالاً منه فكيف لم تصح الوصية لها قياساً أجيب بان الوصية بثلث المال للعبد بما جازت لتناوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته والوصية برقبته اعتناق وهو يصح منجزاً ومضافاً بخلاف أم الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتناقاً لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية أصلاً ولقائل أن يقول الوصية بثلث المال اماناً صادقتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضاً لوارد علتهان مسندتان على معول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته وذلك باطل وقوله (وإذناه في الميراث) قيد بذلك احترازاً عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد بالاجماع بين أصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصرفاً الى الاثنين والوصية في معناه من حيث ان كلامهم ما تعليل المال بعد الموت كان الجمع (٤٥١) هناك أيضاً منصرفاً الى الاثنين وقوله

(نجد ذلك في القرآن)

يريد به قوله تعالى فان كان

له اخوة فلا ماله السادس

والمراد بها الاثنين فصاعداً

وقد عرف في موضعه وكذا

قوله (وانه يتناول الأدنى مع

احتمال الكل)

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده وهن ثلاث والفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع وإذناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما أن الجمع المهي بالالف واللام يراد به الجنس وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لاسيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث قال (ولو أوصى بثلثه لفلان وللساكنين فنصفه لفلان ونصفه لساكنين عندهما) وعند محمد ثلثه لفلان وثلثه لساكنين ولو أوصى لساكنين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه

ولا وجود له عند الموت أيضاً فلا تصح اه تأمل تفهم (قوله وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة) وهذا استحسان وكان القياس أن لا تصح الوصية لام الولد لان الوصية تعليل مضاف الى ما بعد الموت فهي

(قوله والوصية لأمنه

بشيء غير رقبته باطله)

أقول فيه بحث لان

بطلان الوصية لأمته

بشيء غير رقبته انما هو

لانها ليست من أهل أن يملك ما سوى رقبته وانها تكون وصية للوارث وليس احدى تينك العتقين بوجوده في أم الولد أما الاولى فلان الموصى له يملك الوصية بالقبول وهي حينئذ حرة أهل لان غلظ وأما الثانية فلانها لا تنقل الى الورثة حتى يلزم الوصية للوارث فلي تأمل (قوله فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته) أقول وفي المحيط وفي الكافي في المنفقات من كتاب الوصايا ولو أوصى بثلث ماله لعبد عتق ثلثه بعد موته عند أبي حنيفة لانه من جعله مال الميت فلك ثلث نفسه كما يملك ثلث سائر أمواله ومن ملك نفسه عتق وسعى في ثلثي قيمته للوارث وملك ثلث سائر أمواله لانه كالمتكاتب عنده والوصية للمتكاتب صحيحة وعندهما يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث فان فضل شيء دفع اليه وهي حينئذ فرع تجزى الاعتناق انتهى وفي المحيط ولو أوصى لعبد بشئ من رقبته بصح ولو أوصى له بشئ من ماله لا يصح لان العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولان الوصية لعبده بعمال وصية لوارثه لان الملك في العبد والموصى به يقع لوارثه والوصية لوارثه باطلة فاما الوصية بالرقبة فوصية له لا لوارثه لان الوصية بالرقبة اعتناق ولو أوصى له بثلث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لانه أوصى له بثلث رقبته فان رقبته من مال الميت والوصية للعبد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لانه حر وان كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال لانه حر عندهما وبغزلة المتكاتب عند أبي حنيفة والوصية للحر والكتابة جائزة وان بقي كان ثلث ما بقي من المال مثل ثلثي السعاية يتقاصان وان كان أكثر أخذ الفضل منهم وان كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم) صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لأن لفظ الاشرار يقتضي التسوية عند الإطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة مقتضى اشراره اياهما بجملة واحدة وانما يأخذ نصف كل مائة لو كان اشتركا مع كل واحد منفردا وليس كذلك (بخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولا آخر بمائتين ثم كان الاشرار) أي ثم قال لا آخر أشركتكم معهما فان له نصف كل مال لكل منهما لان تحقق المساواة فيهم غير ممكن (لتفاوت المالكين) فلا بد من العمل بفهم لفظ الاشرار (فحملناه على مساواته لكل) واحد منهما كما هو وجه القياس (علما باللفظ بقدر الامكان)

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولا آخر بمائة ثم قال لا آخر قد أشركتكم معهما فله ثلث كل مائة) لان الشركة للمساواة لغة وقد أمكن اثباته بين الكل بحملناه لان اتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة ولا آخر بمائتين ثم كان الاشرار لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالكين فحملناه على مساواته كل واحد بتدقيق نصيبه علما باللفظ بقدر الامكان

انما تستحق الوصية بعدموت مولاها وبعدموت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبته باطلا وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لان الظاهر من حاله أن يقصد بآيائه وصية صحيحة لا باطلا والصحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح الى الذخيرة (أقول) فيما ذكره وامن وجه القياس نظر لان قولهم وبعدموت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع بسبل حال حلول العتق بها انما هي حال موت مولاها لا بعدموت مولاها اذا لاشك ان أم الولد تعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها الى ما بعد موته فهي بعدموت مولاها حرة فلم تكن الوصية لام الولد وصية لامة في شئ فلم يتم وجه القياس ولم يحتاج الى ما تكلفوه في وجه الاستحسان ولعل الامام قاضيان والامام المجبوبي عن هذا قال أما جواز الوصية لامهات وأولاده فلان أو ان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقل عنهما ثم قال في العناية فان قيل الوصية بثلث المال لعبد حرة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حال منة فكيف لم تصح لها الوصية قياسا أجيب بأن الوصية بثلث المال للعبد انما حازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف أم الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية أصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال اتماما صادفتها بعدموت المولى وهي حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لتلقي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا توارد علنان مستقلتان على معاول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته او ذلك باطل الى هنا لفظ العناية (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد أن ذكر ما قبله ما على الوجه الذي قرره لان التردد الواقع في هذا السؤال ان كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشئ الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لتلقي القياس وان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشئ الثاني مختار والفرق بين أم الولد والعبد الموصى له بثلث المال قد علم في جواب السؤال الاول قطعا فلا معنى للاعادة (قوله ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولا آخر بمائة ثم قال لا آخر قد أشركتكم معهما فله ثلث كل مائة) قال صاحب النهاية وهذا استحسان وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ الاشرار يقتضي التسوية عند الإطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وانما تثبت المساواة اذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة أما اذا أخذ من كل واحد منهما نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم فعلم بهذا انه أشركه معهما بجملة واحدة فلا يعتبر باشرائه اياه مع كل واحد منهما متفرقا انتهى واقتنى أثره صاحب العناية (أقول) فيه بحث لان الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف في مقتضى لفظ الاشرار التسوية بلا ريب فان كان معنى قول الموصى الثالث قد أشركتكم معهما اشرا كما معهما بجملة واحدة أي التسوية بين الكل لا اشرا كما مع كل واحد منهما منفردا أي تسويته مع كل واحد بنصف نصيبه

وقوله (ومن قال) يعني لورثته (على لفلان دين فصدقه) يصدق الى الثلث استحسانا (وفي القياس لا يصدق لانه أقر بمجهول) والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا اقترن به من جهة المقر بيان (٤٥٣) وقد فات بوجوه وقوله فصدقه يعني فيما قال

لا يصلح بيانا لكونه (صدر مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق الا بجهة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا تعلم أن المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة) وهو مالك لذلك في الثلث وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصده الوصية انصرح بها أجاب بقوله (وقد يحتاج) أي المقر الى مثل هذا الكلام لعله بأصل الحق الذي عليه دون مقداره

قال (ومن قال لفلان على دين فصدقه) معناه قال ذلك لورثته (فانه يصدق الى الثلث) وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقه صدر مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق الا بجهة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا تعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذه بقصد بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سيما منه في تفرغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال (وان أوصى بوصيا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يراحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الاقرار فائدة أخرى وهو أن أحدا الفريقين قد يكون أعلم بقصد هذا الحق وأبصر به والاخر له خصا ما وعساهم يخلفون في الفضل اذا ادعاه انحصم وبعد الاقرار يصح اقرار كل واحد فيما يده من غير منازعة (واذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقه فيما شئتم ويقال للورثة صدقه فيما شئتم) لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا أقر كل فريق بشئ ظهر أن في التركة دينان شائعان في النصيبين (فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقر واو الورثة بثلث ما أقر وا) تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه

به ينسب فلامعنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثاني فلامعنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجملة ما ذكره الشارحان المزبوران من وجهي القياس والاستحسان معنيين متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد فعنى كلام الموصي لغة وعرفا أحدهما لا غير فلم يصلح هذه المسئلة للقياس والاستحسان على ما ذكرناه وعن هذا لم أر أحدا ذكر القياس والاستحسان في هذه المسئلة سوى ذينك الشارحين والذي يظهر من كلام المصنف هو أن التسوية بين الكل هو المعنى فيما أمكن تحقيق المساواة بين الكل ولا يحمل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه عملا بالانظر بقدر الامكان وبهذا فردين المستثنين كآثر ولا غبار فيه (قوله وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان) يعني لا يحكم به الا اذا قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بوجوه كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كافي الوصية بالمجهول مثل ان أوصى بجزء من ماله فانه يقال هناك للورثة أعطوا ما شئتم بناء على انه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصي فالهسم البيان كما هو في الكتاب فتأمل (قوله واذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقه فيما شئتم ويقال للورثة صدقه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الخ) قال صاحب العناية حاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعان في الثلث ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملا بالشبهين اه وقد سبقه تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه (أقول) فيه كلام وهو أن العمل بمجموع الشبهين ان كان أمرا واجبا كما هو الظاهر المعروف فبالهسم لم يعملوا بشبه الاقرار في هذا التصرف اذا لم يوص بوصيا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كما اذا قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ولم يعتبروا بشبه الاقرار قط حيث

بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملا بالشبهين

(قوله فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة) أقول فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لاني الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل

وعلى كل فريق منهما البين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال (ومن أوصى لأخيه ولوارثه فلا جني نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لانه أوصى بما علك الايصاع وبما لا علك فضع في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا أوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاجا فيكون الكل لحي والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازه الورثة فافترقا وعلى هذا اذا أوصى للقاتل ولا جني

لم يجعلوا له حكما أصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعتراض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل اه
وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتأمل اه (أقول) ليس هذا مستقيم فان مر اد ذلك المعترض أنه لا يؤخذ بقول المدعي في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه كما لا يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالغاما بل في أين يظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده أن قول صاحب العناية فماعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة يدل على أن يصدق في الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك الجيب تأمل توقف ثم ان الامام الزليعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكثر هذا مشكل من حيث ان الورثة كافوا بصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وههنا الزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا يأخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه انتهى (أقول) هذا الاشكال ساقط جدا الا يلزم الورثة في هذه الصورة ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولا يحتاج الوصايا في هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاءوا وليس في هذه الصورة الزام الورثة أن يصدقوه في أكثر من الثلث فان أصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا يأخذون الثلث بطريق التملك التام بل انما يأخذونه بطريق العزل والافراز فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاء ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم من جهة العزل والافراز ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي أيضا فيكون جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا تصرف يشبه الاقرار والوصية فماعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يحصل شائعا في الثلاث ولا يختص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملا بالشبهين تأمل ترشد (قوله وعلى كل فريق منهما البين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك) قال بعض المتأخرين ينبغي أن لا يحلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه ويحلف أصحاب الوصايا البقاء من الثلث في أيديهم فتأمل اه (أقول) ليس هذا بكلام صحيح أمافوله ينبغي أن لا يحلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه فلا يحلف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة بل لكون المدعي هناك عن يدعي حقا لنفسه من تركه الميت ولا ريب أن ادعاهما زاد على الثلث من تركه الميت لا يمنع صحة الدعوى فاذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة اذا أنكر واوأمافوله ويحلف أصحاب الوصايا البقاء من الثلث في أيديهم فلا بد دعوى الدين لا تختص بالثلث الذي في أيدي أصحاب الوصايا بل يختص بثلث مال الميت

وقوله (ومن أوصى لأخيه ولوارثه) ظاهر

وقوله (وهذا) أي هذا الإيصاء (بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي) كالأصح في حق الوارث (لأن الوصية انشاء تصرف) أي ابتداء تملك من غير أن يكون بينهم ما شركة قبلها أو الشركة أنما ثبتت حكمه عقبيه فثبت لم يقع التملك الذي هو السبب صحيحاً لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مقرراً عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها وأما في الأقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبلها فان الأقرار يقتضي سبق الخبر به وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك أي في الأقرار بالمال المشترك أقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بين ما إذا تصادق على ذلك أو بحد الأجنبي أو الوارث ذلك أو أنكره جميعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد إذا لم يتصادقاً صح في حصة الأجنبي لأن الوارث مقر بطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه وينت في نصيب الآخر وقالوا اثباته مشترك كالمطل وقد وجد ولقائل أن يقول هذا الأقرار بالنظر إلى الأجنبي صحيح والنظر إلى الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح (٤٥٥) جهة الفساد بحيث تعدى

إلى إبطال حق الغير فالجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي أن البقيين لا يزول بالشك وتقديره أن حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرهما في كل جزء فرسته يشتر كان فيثبت للأجنبي الملك فيه بالنظر إلى صحة الأقرار ولا يثبت بالنظر إلى الوارث ولم يكن له ملك قبل الأقرار فلا يثبت بالشك وقوله (بقاء وبطلان) أي بقاء في حق الأجنبي وبطلان في حق الوارث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الأجنبي وتبطل في حق الوارث لا امتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر قال (ومن كان له ثلاثة أنواب جيد ووسط ووردي الخ) رجل له ثلاثة أنواب

وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضاً لأن الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكمه فتصح في حق من يستحقه منها وأما الأقرار فأخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه إلى اثباته دون هذا الوصف لأنه خلاف ما أخبر به ولا إلى اثبات الوصف لأنه يصير الوارث فيه شريكاً ولا لوقبض الأجنبي شيئاً كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً وفي الانشاع حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلاناً قال (ومن كان له ثلاثة أنواب جيد ووسط ووردي فأوصى بكل واحد رجل فضاء ثوب ولا يدري أيها هو الورثة تجدد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى بخودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقه فذلك كان المستحق مجهولاً وجهاته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فيبطل

مطلقاً والمسمى فيما إذا ادعى زائداً على الثلث أنما يدعي الدين في حق الزائدة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لا تسمع دعواه رأساً فضلاً عن الخلف (قوله ومعنى بخودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقه فذلك) أقول في ظاهره تغيير المصنف ههنا فساداً لأن هلاك حق كل واحد منهم أنما يتصور فيما إذا ضاع الأثواب الثلاثة معاً والمفروض في وضع المسئلة أن يضيع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقه فذلك فانه ككذب ظاهر لا ينبغي أن يسمع أصلاً فضلاً عن أن يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقه فذلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبه والاولى في التعبير ما ذكره شرح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيان وهو أن المراد بجود الورثة أن يقولوا حق واحد منهم يبطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم اليك شيئاً والذي يمكن في توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى بخودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي قد هلك يحتمل أن يكون حقه فذلك أنه تسامح في العبارة بناء على ظهور

جيد ووسط ووردي يخرج من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب من الرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الأثواب ولا يدري أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقه كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولاً وجهاته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو إتمام غرض الموصي

قال المصنف (ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً الخ) أقول ينبغي أن يتأمل أنه هل يمكن جعله دليلاً بلا ملاحظة الدليل الأول قال المصنف (حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً) أقول لأنه لو صح في نصيب الأجنبي فما أخذ بأخذ الوارث نصفه منه لأنه أخذ بعض دين مشترك في زعمه فيبطل ذلك النصف ويصير الورثة قيرجع الوارث ثانياً عليه بنصف ما بقي في يده لأنه لم يسلم له مأخذاً ولا واستحق هكذا إلى أن يبقى في يده فليس فلا يكون مفيداً في حق الأجنبي فافهم إلا أن هذا التقرير لا يلائم ظاهر كلام المصنف ثم لا يزال يقبض فيبطل في ذلك القدر لكن الأمر سهل

(الآن تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين) فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا ابتداء بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الردي وان ابتداء بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو ان يقال الهالك ان كان ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الردي منهما فحقه يتعلق بهذا امره وبذلك أخرى وان كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فإخذ ثلث كل واحد في صاحب الجيد وصاحب الردي فصار صاحب الجيد يدعى الجيد ولا يدعى الردي لأنه لاحق له فيه قطعاً وصاحب الردي يدعى الردي دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردي لصاحب الردي وقوله (واذا كانت الدارين رجلين) ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وأما قوله (هذا) ففيه بحث وهو أنه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات (٤٥٦) ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العرض

فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض لأنها اذا كانت من جنس واحد الجبر الساذي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكره نالان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد

قال المصنف (لانه اما ان يكون وسطا أو رديا ولا حق له فيهما) أقول ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الاصل (قوله فاذا كان حقه يتعلق الخ) أقول

قال (الآن تسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الخو وفيكون لصاحب الجيد ثلث الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون فثبت الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون) لان صاحب الجيد لاحق له في الردي عتيقن لانه اما ان يكون وسطا أو رديا ولا حق له فيه - ما وصاحب الردي لاحق له في الجيد الباقي عتيقن لانه اما ان يكون جيدا أو وسطا ولا حق له فيه - ما ويحتمل أن يكون الردي هو الردي الاصل فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي عتيقن حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال (واذا كانت الدارين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجما الله وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبذلك غيره لان الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الاول ويوقف الثاني وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصى تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفذ الوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما ينه ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فننفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع

المراد ووافق صاحب الكافي في هاتيك العبارة مع ظهور ركاكتها (قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للنفقة ولهذا يجبر على القسمة) قال صاحب العناية

مثلا يتعلق بالجيد حال كون الهالك أجود ولا يتعلق به حال كونه وسطا وحال كونه أرديا من الردي وقس عليه تعلقه واعما بالردي قال المصنف (وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر) أقول قال الاتقاني ولنا فيه نظر لانه على هذا التقدير كان ينبغي أن يكون نصيب شريك الموصى خمسة وأربعين ذراعا فينقص اذن منه خمسة أذرع لان نصيبه من جميع الدار خمسة أذراعا كاملا وقد نقص الخ فلا يجوز لانه حينئذ يلزم تعليق الموصى ملك شريكه وليس له ذلك وأيضا اذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لانه لا سهمين من أحد عشر أقل من خمسة وأيضا يزاد حق الورثة أيضا بسهم لان لهم ما ورثوا قدر البيت من نصيب الموصى ونصيبه خمسة أذراعا وربع للموصى له عشرة من نصيبه فبق أربعة وسهم أخذوا خمسة أخرى وقال بعض المشايخ يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على خمسة أسهم أخرى عندهما فالعشرة أذرع للموصى له وأربعون ذراعا للورثة فيجعل كل عشرة سهم ما وهذه القسمة أصح عندي انتهى هذا النظر يراد على تقدير الكافي ورودا ظاهرا

وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه ولان مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به بحصة لا لمقصوده ما أمكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمايل وان وقع في نصيب الآخر علمنا بالتقدير

فيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كاه وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الجبر لا يجرى في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد وإلى هذا أشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه اه وقد سبقه الى أصل هذا السؤال والجواب صاحب النهاية (أقول) قد خبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جردا حيث قصد التوفيق بين كلامي المصنف في المقامين ولكن خالفنا صريح ما ذكره المصنف في كتاب القسمة وما أطبق عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك فان المصنف قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كاه لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجرى فيه الجبر كافي قضاء الديون وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح في شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر القاضى على القسمة في ذلك أجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كاه لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجرى فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير كافي قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثالها فصار ما يؤدى بدلا عما في ذمته اه ولا يذهب على ذي مسكة ان مضمون الجواب المذكور هنا مما ينافى ذلك والصواب في حل مراد المصنف بقوله هنا ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذي جعل الشارحان المزبوران لدفعه ما قلناه أن يقال بمعنى ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا في غير المكيل والموزونات الا انه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيه مقصودا تصحيفا لتصرف الموصى وقصده الذي هو تكميل المنفعة فان مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت وقد أفصح عن هذا المعنى الامام قاضيان حيث قال ولهما ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة ولو اشترى اذرا واقتسم لم يكن لأحدهما أن يبيع نصيبه مما يشترى فهي افراز في حق بعض الاحكام لا يرى أنه يجبر عليها ولو بنى أحدهما في نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الارض لا يرجع على شريكه بشيئة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة والمشتري لو قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكانت الاحكام على عكسها فثبت انها افراز من وجه مبادلة من وجه فجعل افرازا في حكم الوصية تصحيفا للوصية لان مبناها على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمره والغلة واذا جعلت القسمة افرازا ظاهرا أنه أوصى بما يملكه اه تدبر (قوله وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعني في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه عوضه أى

والى هذا أشار بقوله (وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه) والباقي ظاهر وقوله (اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعني في الجارية الموصى بها

وقوله (أولانه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) يعني في وقوعه في نصيب الشريك (والتملك بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعني في وقوعه في نصيبه وقوله (٤٥٨) (فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة) فإن قيل ينبغي أن يقسم نصيب

الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة للورثة لأنه لما حلت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقي حق الورثة في أربعين قلنا زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصى له في خمسة تسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه في عشرة وحق الورثة في أربعين فمعتبر زعم كل فريق فبعضنا كل خمسة سهم فصار الكل أحد عشر وقوله (وقيل لا خلاف فيه لمحمد) بل قوله في الإقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر قال (ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف) ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف بهننا فبلغه فاما أن يجزى الوصية أولا فإن كان الثاني بطلت وإن كان الأول جازت فإن دفعها إلى الموصى له تمت وإن لم يدفع فله أن يمنع وإن أجازها لأن هذا تبرع بمال الغير إلى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح

(قوله وحق الموصى له في خمسة تسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه في عشرة) أقول فيه بحث

فلم يعتبر زعمه بمسكا بمذهب محمد إذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف (والامتناع لحق الورثة) أقول وقد مر في أوائل كتاب الوصايا أن كل ما جاز بأجازة الورثة يملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا خلافا للشافعي

أولانه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتملك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد ووطئ المرأة بأول ولد تلده أمته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حتى ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة من الورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد في ضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهم ما نصير عشرة وعند محمد ما يقسم على أحد عشر سهم ما لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية إقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال (ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته وإذا أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله أن يمنع من التسليم بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخزجها صحيحة لمصادفتم ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فإذا أجاز وهما سقط حقهم فنقد من جهة الموصى قال (وإذا اقتسم الابن تركه الأب ألفا ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده) وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله لأن إقراره بأن ثلثه تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليلقى له النصف وجهه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقررا بثلث ما في يده بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث

عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة في نصفه الآخر لأن الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصى وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع في نصيب الموصى مشتركة بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه ذلك مما وقع في نصيب الموصى وأما نصفه الآخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع في نصيب الموصى فباقيان على حالهما الأصلية في ملك الموصى وصاحبه فلم يكن قوله ألاما لانه عوضه صالحا لأن يكون دليلا مستقلا في إفادة المطلوب ههنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فيما إذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الدالين الاتيين وتحرير المصنف يقتضي استقلاله فيها كما ترى فتأمل (قوله والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له) أقول فيه كلام وهو أن هذا الفرق انما يتشبه في صورة أن وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصى وأما في صورة أن وقع بعده في نصيب الآخر فلا لأن الموصى حينئذ كان مقررا بملك الغير لغيره ولم يصير مالكه بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه إلى المقر له ومستثنات الصورتين فلا يتم التقريب (قوله وجهه الاستحسان أنه أقر بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقررا بثلث ما في يده) قال صاحب التسهيل أقول مضى في فصل إقرار المريض أن ابنه لو أقر بأخ فبعده أخوه الآخر دفع إليه

فيكون

فلم يعتبر زعمه بمسكا بمذهب محمد إذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف

(والامتناع لحق الورثة) أقول وقد مر في أوائل كتاب الوصايا أن كل ما جاز بأجازة الورثة يملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا

خلافا للشافعي

الى قوله (فيكون مقررا بتقديم عليه) فان كان الدين مستغرا لجميع نصيبه دفعه اليه كله والباقي ظاهر وقوله (فلا يخرج عنها بالتفصال كافي البيع) يعني تسري الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسرى البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجودا فأوصى به ما بقيته ما مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ههنا (وله أن الأم أصل) يعني في الوصية (والولد تبع فيه) أي في الوصية على تأويل الايصاء (٤٥٩) وانما كانت الأم أصلا لان الايجاب

فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلا ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فاقبل اخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال (ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهو للموصى له) لان الام دخلت في الوصية اصالته والولد تبع احسين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بهادونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له (وان لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يأخذ بذلك من الام فان فضل شيء اخذته من الولد) وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فاللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعاً لحالة الاتصال فلا يخرج عن الاتصال فكل ما في البيع والعق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله أن الام أصل والولد تبع والتبع لا يراحم الاصل فلونفذ نال الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحه فيه الا انه لا يقابل به بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا (هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له) لانه نساء خاص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن والله أعلم

فصل في اعتبار حالة الوصية قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلك المال ذكر في هذا الفصل أحكاماً تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلك المال بمنزلة الأصول والأصل الأصلي مقدم على (٤٦٠) العارض قوله (واذا أقر المريض لامرأة) واضح مبني على أن المعتد به في جواز

الوصية وفسادها كون الموصي له وارثاً وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتد به في فساد الأقرار وجوازه كون المقر له وارثاً للحال لأن الأقرار عليك الحال فتي كان المقر له وارثاً يوم الأقرار لا يصبح أقراره إذا كان المقر مريضاً وقوله (لأن الأقرار ملزم) فيه تلويح إلى رد قول زفر وهو أن الأقرار أيضاً باطل لأن أقرار المريض بمنزلة التملك ولهذا يصبح للوارث وجبهه ذلك أن الأقرار

فصل في اعتبار حالة الوصية قال (واذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جازاً لاقراراً وبطلت الوصية والهبة) لأن الأقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض إلا أن الثاني يؤول عنه بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وإن كانت بمنزلة صورة فهي كالصاف إلى ما بعد الموت حكماً لأن حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال (واذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أما الهبة والوصية فلما قلنا أنه وارث عند الموت وهما إيجابان عنده أو بعده والأقرار وإن كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البتة قائم وقت الأقرار فيعتبر في إيراد ثمة الإثبات بخلاف ما تقدم لأن سبب الإرث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الأقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الأقرار إقام السبب حال صدوره وكذلك لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الأقرار أن لم يكن عليه دين يصح لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي وإن كان عليه دين لا يصح لأنه أقر له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتد به وقت الموت وأما الهبة فيرى أنها تصح لأنها تملك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح

ثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كاللوث في باب الوصية وقوله (الأن الثاني يؤول عنه) أي تنفيذ حكم الأقرار في حالة المرض يؤول عنه تنفيذ حكم الأقرار الذي في حالة الصحة (بخلاف الوصية لأنه) يعني الوصية بناءً على الإيلاء وقوله (وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق) يعني لا تصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكره هنا وذكر في كتاب

فصل في اعتبار حالة الوصية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلك المال ذكر في هذا الفصل أحكاماً تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلك المال بمنزلة الأصول والأصل الأصلي مقدم على (٤٦٠) العارض قوله (واذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جازاً لاقراراً وبطلت الوصية والهبة) قال صاحب النهاية وهذا بناء على أن المعتد به في جواز الوصية وفسادها كون الموصي له وارثاً وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتد به في فساد الأقرار وجوازه كون المقر له وارثاً للحال لأن الأقرار عليك الحال فتي كان المقر له وارثاً يوم الأقرار لا يصح أقراره إذا كان المقر مريضاً واقفي أثره في هذا التقرير صاحب العناية (أقول) في عبارته ما خلل حيث قال لأن الأقرار عليك الحال مع أنهم قد صرحوا في كتاب الأقرار بأن الأقرار ليس بتمليك بل هو إظهار للقربة وقالوا ولهذا لو أقر غيره بالمال والمقر له يعلم أنه كاذب في أقراره لا يحل له أخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها أن المريض إذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح أقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ولو كان تملك ما مبتدأ لم ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم حق العبارة أن يقال لأن الأقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف رحمه الله في أوائل كتاب الوصايا فتذكر (قوله) وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق لما ذكرنا قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المقام أي لا تصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكره هنا وذكر في كتاب الأقرار أنه إن لم يكن عليه دين (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ما ذهب إليه في شرح هذا المقام مما ياباه سداد

قال

الأقرار أنه إن لم يكن عليه (أي على العبد) دين يصح إلى آخر ما ذكر في الكتاب

فصل في اعتبار حالة الوصية (قوله) أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكره هنا (أقول) فيه بحث فإن لفظ الجامع الصغير هنا هكذا على ما نقله الاتقاني وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك أن كان الابن عبداً فاعتق في هذا أه

وقوله (والمقعد والمفلوج) المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة (والاشل) من شلت يده (والمسلول هو الذي به مرض السل) وهو عبارة عن اجتماع المرة (٤٦١) في الصدر ونفثها وقوله (صار

طبعاً من طباعه) يعني خرج من أن يدبكون مريضاً مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (فلا صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كما لو تصرف عندما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لأنه يخاف منه الموت) ولهذا ابتدأ فيكون مرض الموت والله أعلم

باب الاعتاق في مرض الموت

الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل قال (ومن اعتق عبداً في مرضه) كلامه واضح

باب العتق

في مرض الموت

قال المصنف (ويضرب

بمع أصحاب الوصايا) أقول لا يظهر أن يقال يضرب كل من هو لا يحكم كل من العتق والمحابة والهبة مع أصحاب الوصايا أي في الثلث

قال (والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لأنه إذا تقدم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداهي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وان وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش) لأنه يخاف منه الموت ولهذا ابتدأ فيكون مرض الموت والله أعلم

باب العتق في مرض الموت

قال (ومن اعتق في مرضه عبداً أو باع أو جابى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا)

المعنى وانتظام الكلام قائم - ما حلق قول المصنف وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع أن الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلاث المذكورة فيما قبل جميعاً وهي الإقرار والهبة والوصية لأنه كان عاماً لها في المسئلة السابقة فانتظام إطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً يقتضي العموم لها في هذه المسئلة أيضاً سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا إليها فإن ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلاث جميعاً بالرب ثم أن قوله ما إذا أقره يدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكر هنا أن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورته الوصية والهبة أيضاً لم تذكر هنا بعينها صراحة بل اندرجتا في إشارة قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق في معنى جعل هذه المسئلة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الإقرار وأن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا أصلاً لاصرها بعينها ولا اندرجا في إطلاق إشارة شيء فهو ممنوع فإن مسئلتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على ما نقل في غاية البيان هكذا وقال في المريض أقر لابنه وهو نص في يدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبداً فاعتق في هذا اه ولا يذهب عليك أن صورة الإقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت إطلاق إشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبداً فاعتق في هذا فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق لما ذكرناه وأنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسئلة أيضاً للدليل ما ذكرناه في المسئلة السابقة وأن مراده بقوله وذكر في كتاب الإقرار إلى قوله قال والمقعد بيان أن في صورة الإقرار رواية للصحة أيضاً وكذا في صورة الهبة وأما في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلاً تبصر ترشد

باب العتق في مرض الموت

قال جمهور الشراح الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل اه (أقول) فيه فتور لأن الاعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة فإن الوصية يجب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف رحمه الله فكيف يكون هذا من أنواع الوصية نعم أنه في حكم الوصية

وقوله (والمراد الاعتبار من الثلث) أى المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لاحقية الوصية لان الوصية عبارة عما أوجبه الموصى في ماله بعد موته من متوقعا وقوله (كالضمان والكفالة) غاي بينهما بالعطف لان الضمان أعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لاجنبى خالع امرأتك على ألف على أى ضامن وكذا وقال بيع هذا العبد بألف على أى ضامن لك بمخمسائة من الثمن سوى الألف فان بدل المخلع يكون على الاجنبى لا على المرأة والمخمسائة على الضامن دون المشتري وقوله (وما نفذ من التصرف) أى نجزه في الحال ولم ينفذه الى ما بعد الموت (٤٦٣) (فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث

وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لانه بالبرء يتبين أنه لاحق لاحد في ماله) وقوله (فان جابى ثم اعتق) صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوى الفين من رجل بألف واعتق عبدا يساوى ألفا ولا مال له سواهما (فالمحابة أولى) وان ابتدأ بالعتق تخاصفيه (عند أى حنيفة في الاول يسلم العبد للمشتري بألف) ولم يبق من الثلث شئ الا أن العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثانية يتخاضن في مقدار الثلث (وقال العتق أولى) سواء قدم المحابة أو آخرها فمعتق العبد محابا لان قيمته بقدر الثلث ويخير المشتري ان شاء فنقض البيع ورد العبد للزمن من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء مضى العقد وأدى كمال قيمة العبد التي درهم والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله (الا العتق الموقع) أى المخير لا المفوض الى اعتاق الورثة مثل أن يقول أعنتقه أو يوصى

وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لاحقية الوصية لانها لا يجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه بكافى الهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان أوجبه في حال صحته اعتبارا بمحابة الاضافة دون حالة العقد وما نفذ من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء يتبين انه لاحق في ماله قال (وان جابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحابة أولى عند أى حنيفة وان اعتق ثم جابى فهما سواء وقال العتق أولى في المستثنين) والاصل فيه أن الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أحسبها يضرب بمجموع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالشديد الصحيح والمحابة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب لتساوى في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره بلحقه وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى

ذا ووجد في مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لان جميع المال كما سيأتى أيضا في الكتاب فالوجه أن يقال لما كان الاعتاق في المرض أمرا بغير حقيقة الوصية ولكن كان في حكمها أفرد به باب على حدة وأخبر عن حقيقة الوصية لكونها هي الاصل (قوله وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز) أقول في عبارة المصنف هنا تسامح فان قوله جائز في النسخة الاولى محمول في الكلام وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الاول فاطاهر أن يقال مكان قوله فذلك كماه جائز (قوله وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره بلحقه الفسخ وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى) أقول في هذا التحرير قصور بل خلل أما أولا فلأن تقدم من جهة الموصى في قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى حشوم مفسد لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتر عندنا أيضا في الروايات كما صرحوا به على أن يلحقه الفسخ من جهة غير الموصى كما في المحابة مع ان الفسخ لا يلحق العتق من جهة أحد أصلا وان لحق المحابة من جهة غير الموصى وهو المشتري وأما ثانيا فلأن قوله وغيره بلحقه الفسخ يوهم باطلاقة أن يلحق الفسخ المحابة أيضا من جهة الموصى مع انه قال وكذا المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى فالحق في تحرير هذا المقام أن يقال فانه لا يلحقه الفسخ أصلا والمحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى وأما غيرهما فيلحقه الفسخ من جهة الموصى وغير الموصى أيضا ثم ان كثيرا من الشراح منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف هنا وغيره بلحقه الفسخ أى غير العتق الموقع بلحقه الفسخ كالوصية بالعتق

بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله (كالشديد الصحيح) احتراز عن الفاسد منه مثل أن يقول واذا أنت حر بعد موتى يوم كاسمىء وقوله (والمحابة في البيع) بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله (وغيره بلحقه) أى غير العتق الموقع بلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال

قال المصنف (لانها لا يجاب بعد الموت) أقول قياس من الشكل الثاني (قوله وغيره بلحقه أى غير العتق الموقع) أقول فيه أن الظاهر أن يقول أى غير ما ذكرنا من العتق الموقع والعتق المعلق وتعميم الموقع به ما خلاص الظاهر

وقوله (يستوى فيه من سواهما) أى سوى العتق والمحاباة وقوله (٤٦٣) (لهما فى الخلافة) وهى التى قدم فيها

المحاباة على العتق وقوله (لا يوجب التقدم فى الثبوت) ألا ترى أنه إذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أن لا ناو صل أو فصل ولا عبدة بالبداة فكذلك هنا وقوله (لأنها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة) يعنى وبالمرض لا بلحقه الحجر عنها (فكان تبرعا بعنه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى) لأنه لم يثبت فى ضمن المعاوضة وبالمرض بلحقه الحجر عنه

(قوله يستوى فيه من سواهما أى سوى العتق والمحاباة) أقول فيه شئ فان لفظة من تأبى هذا التفسير (قوله وهى التى قدم الخ) أقول فيه شئ فان الظاهر التيمم للمستثنين (قوله وقوله لأنها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة يعنى وبالمرض لا بلحقه الحجر عنها) أقول ضمير عنها راجع الى المعاوضة (قوله فكان تبرعا بعنه) أقول تذكر الضمير الراجع الى المحاباة ما باعتبار الخبر أولكونه بمعنى أن مع الفعل أو على تأويل

ما ذكر قال المصنف (وهو لا يحتمل الدفع) أقول لكونها محاباة أقوى منه

وإذا تقدم ذلك فباقى من الثالث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما فى الخلافة أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا يعتبر بالتقديم فى الذكرا لأنه لا يوجب التقدم فى الثبوت وله أن المحاباة أقوى لأنها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بعنه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فإذا وجدت المحاباة أو لا دفع الاضعف وإذا وجد العتق أو لا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المراجعة وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله إذا جابى ثم أعتق ثم جابى

والوصية بالمال اه (أقول) ليس ذلك بسديد فان العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا أعطفه المصنف عليه فيما قبل حيث قال ان العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح مع انه لا يخفى أن العتق المعلق أيضا لا يلحقه الفسخ عندنا فالحق أن يقال فى تفسير قوله وغيره بلحقه الفسخ أى غير العتق الذى ذكرناه أن فاق هو العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى فحينئذ يستقيم المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ أيضا يساعد على المحالة فان العتق الذى ذكره يميم العتق الموقع والمعلق كما ترى (قوله وإذا تقدم ذلك فباقى من الثالث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا) قال صاحب النهاية فى تفسير قوله يستوى فيه من سواهما أى سوى العتق والمحاباة واقضى أثره صاحب العناية (أقول) فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من فى قوله من سواهما تأبى هذا التفسير جدا كما لا يخفى وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافى ذلك كما ترى فالوجه فى تفسير ذلك أن يقال أى سوى المعلق والذى هو بى له أو سوى أهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف فى تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الأهل أو لفظ صاحب لكنه خلاف الظاهر فى مقام التفسير اذا المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الإخفاء والتعمية فبقيت السماجة فى تفسيرهما المذكور لا محالة (قوله لهما فى الخلافة) قال صاحب العناية فى بيان الخلافة وهى التى قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العيني (أقول) هذا شرح فاسد لان الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التى قدم فيها المحاباة على العتق وهى التى قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبلهما ما وكذا الدليل المذكور من قبله يتمشيان فى عينك المسئلتين معا بلا كلفة كما لا يخفى على ذى مسكة فلا وجه لتفسير الخلافة هنا بما يخص المسئلة الاولى منهما والصواب فى بيانها أن يقال وهى التى اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء تقدم العتق على المحاباة أو قدمت المحاباة على العتق (قوله ولا يعتبر بالتقديم فى الذكرا لأنه لا يوجب التقدم فى الثبوت) قال فى العناية ألا ترى أنه إذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أن لا ناو صل أو فصل ولا عبدة بالبداة فكذلك هنا اه وهكذا ذكر فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الاسرار (أقول) لقائل أن يقول حكم الايصاء فى صورة التنوير نازل وقت موت الموصى فى حق كل واحد منهم لان الوصية تعليق مضاف الى ما بعد الموت فكان فى معنى التعليق والحكم فى التعليلات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذى هو الموت فى حق كل واحد منهم فى صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثالث الموصى به لهم بينهم أن لا ناو صل ما نحن فيه فان العتق الموقع فى المرض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت وكذا المحاباة فى البيع اذا وقعت فى المرض والمنجز يوجب الحكم فى الحال لا محالة فينبغى أن يثبت الحكم فى المقدم فى الذكرا قبل أن يثبت فى المؤخر فيه فافتقرت الصورتان فتأمل (قوله وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا جابى ثم أعتق ثم جابى

وقوله (قسم الثلث بين المحاباة بين نصفين لتساويهما) ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الأولى مساوية للمحابة الثانية والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحابة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة وأيضاً لو حابي ثم حابي ولم يخرج من الثلث فماذا كرت من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن تنفذ الأولى ثم الثانية والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني بأنه انما تحصل لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض بنفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت وبثبث له ما يحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية وقوله (قسم الثلث بين العتق الأول والمحابة وما أصاب العتق قسم بينهما وبين العتق الثاني) فان قلت لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحابة قلت لا يستقيم لان المحابة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساوياً لها والعق الأول مقدم على المحابة فيزاحمها في الثلث ثم ما أصاب العتق الأول شاركه فيه العتق الآخر للجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب المحابة كمال حقه كان ينبغي أن يسترد صاحب المحابة ما أخذ صاحب العتق الثاني لان حق صاحب المحابة مقدم على صاحب العتق الثاني كمالو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت (٤٦٤) المحابة أوجب بأنه لو استرد للثمنه لاسترد منه صاحب العتق الأول لان حق العتق الأول

وحق المحابة سواء في الثلث فيؤدي الى الدوران نقض صاحب المحابة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما قال (وان أوصى بان يعق عنه بهذه المائة عبد) كلامه واضح وقوله (وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة) قال الامام الكنتاني الا أن يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له

(قوله وهو يناقض الدليل المذكور) أقول أي ثبت نقبض ما أثبتته قال المصنف

قسم الثلث بين المحاباة بين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو أعتق ثم حابي ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحابة نصفين وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال قال (ومن أوصى بأن يعق عنه بهذه المائة عبد فلهك منها درهم لم يعق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال يعق عنه بما بقي) لانه وصية بنوع قرية فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فممن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصي له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها اقرب بمحضة وهي حق لله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كذا أوصى لرجل بمائة فلهك بعضه ما يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على أصل آخر يختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حق قبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعندده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق

قسم الثلث بين المحاباة بين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان) قال في العناية فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الأولى مساوية للمحابة الثانية والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحابة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو

(ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق) أقول قال في الكافي فان قيل ينبغي أن يكون غمام هذا الثلث للمحابة الأولى عنده لان المحابة الثانية مساوية للعتق والمحابة الأولى مساوية للعتق والمساوى للرجوح مرجوح وكذا في المسئلة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الأول عنده لان العتق الأول يساوي المحابة والمحابة راجحة على العتق الثاني والمساوى للرجوح راجح قلنا لا يترجح العتق على المحابة على المحابة بالا لاجتماع اذ لم يكن الغير متخللاً وكذا اذا تعلق الغير اه وذكرا المسئلتين فيه على عكس ترتيب الهداية (قوله وماذا كرت من أن التقديم يقتضي الترجيح) أقول لم يذ كر ذلك صريحاً منهم يجوز أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليها فيستويان فان التقديم اذا كان سبباً للمساواة المرجوح للراجح يكون سبباً أيضاً للرجحان المساوى والجواب ان سببية التقديم لمساواة المرجوح من حيث انه لا يحتمل دفع المتأخر فتثبت المراجعة ضرورة واحداً للتساويين اذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضاً لانه ليس أقوى منه فتثبت المراجعة أيضاً ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر في الشرح (قوله والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه) أقول فيه تأمل فانهم صرحوا بأنه متى صدقت المقدمة الاجنبية التي نسبتها نخرج قياس المساواة لزمه النتيجة وهي ههنا قولنا مساوى المساوى مساوهم صرحوا بصدها ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الحسية فليتامل (قوله أوجب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الخ) أقول يعني نصف ما أخذه (قوله فيؤدي الى الدور) أقول لانه يسترد منه أيضاً صاحب العتق الثاني للجانس

وقوله (وهذا أشبه) يعني إلى الصواب لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيحلف المستحق إذا هلك منه شيء ونبتل الوصية وترد المائة إلى ورثته وقوله (ومن أوصى بعقوبه) أي باعتاق عبيده وقوله (لأنه يتلقى الملك من جهته) أي لأن الموصي له يتلقى الملك من جهته الموصى (الأن ملكه) أي ملك الموصى (باق) فيه حاجته حتى لو كان العبد ذارح (٤٦٥) محرم من الورثة لم يعق عليهم لما ينشأن ملك الميت فيه

باق بعد حاجته (واغما يزول) ملكه (بالدفع فاذا خرج به) أي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باع الموصى أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين (فإن فداء الورثة كان الفداء في أموالهم) أي كانوا متبرعين فيما قدومه

(قوله وقوله وهذا أشبه يعني إلى الصواب) أقول الظاهر تبديل إلى الباء (قوله لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد) أقول فيه بحث قال المصنف (ومن أوصى بعقوبه) أي باعتاق عبيده ثم مات فعق العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى) أقول قال في الكافي والأصل أن الإيصاء بالاعتاق لا يبطل ملك الورثة فإن شأوا دفعوه وإن شأوا فدوه فإن دفعوه صح الدفع لأن حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذا يتقدم على من يتلقى الملك من المالك وهو الموصى له وبطلت الوصية لأن الدفع يبطل حق المالك

وهذا أشبه قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبد أقيمته مائة درهم وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء) لأن العتق في مرض الموت وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث لأنهم تجاوزوا بإجازة الورثة لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه قال (ومن أوصى بعقوبه ثم مات فعق جناية ودفع بها بطلت الوصية) لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى فكذلك على حق الموصى له لأنه يتلقى الملك من جهته الآن ملكه فيه باق واغما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باع الموصى أو وارثه بعد موته فإن فداء الورثة كان الفداء في مالهم لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لأن العبد ظهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجز فتنفذ الوصية يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأيضاً لو جازي ثم جازي ولم يخرج من الثلث تحاصوا ما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن ينفذ الأولى ثم الثانية والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني أنه اغما تحاصوا لأن ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض إذا لم يخرج من الثلث وإذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية إلى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر من وجوه الأول أن السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف أصلاً لم يقل المصنف قط أن التقديم مطلقاً يقتضي الترجيح بل اغما قال إن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح كافي لتقديم الحساب على الاعتاق ليكون المقدم إذا ذلك دافعا للاضعف المؤخر وأما تقديم غير الأقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الأقوى كافي بتقديم العتق على الحساب ولا دفع المؤخر المساوي كافي بتقديم إحدى الحسابين على الأخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا اتجاه له أصلاً على ما ذكره المصنف والثاني أن الجواب المذكور عن السؤال الأول ليس بسديد لأن لزوم النتيجة القياس لذاته اغما هو شرط الانتاج مطلقاً لا شرط الانتاج في الجملة فأنهم مصرحون في علم الميزان بأن قياس المساواة وإن لم يستلزم النتيجة لذاته لأنه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة إذا صدقت تلك المقدمة كافي قولنا مساو وبمساو فإنه ينتج ويستلزم أن مساو ب وواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي أن كل مساو للمساوي مساو والسؤال الأول يمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له فإنه إن أريد أن بتنفيذ الحسابين جميعاً ثم ينقضهما بعد الموت يرتفع تقدم أحدهما على الأخرى فذلك أمر لا يساعد العقل وإن أريد به أن التقدم والتأخير بينهما باقيان ولكن لا تأثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف أن التقديم يقتضي الترجيح مطلقاً فالصواب في رد السؤال الثاني ما تبيننا عليه أن تقدم من أن الذي ذكر في الكتاب أن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح لأن التقديم مطلقاً يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السؤال وفي دفع السؤال الأول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلاً عن الفوائد الحميدية حيث قال فإن قيل ينبغي أن يقسم الثلث بين الكل أثلاً لأن الحساب الثانية مساوية للأولى والعتق مساو للحساب الثانية فكان مساو للأولى لأن المساوي للمساوي مساو قلنا العتق مساو الثانية بمعنى يخصه

(٥٩ - تكمله ثامن) لو كان حيا فكذا يبطل حق من يتلقى الملك من جهته ألا يرى أن الموصى لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية فكذا هنا وإن اختاروا الفداء فعليهم الدية لا التزامهم وجازت الوصية انتهى ولا يخفى عليه الخالفة بينه وبين ما في الهداية والتوفيق أن العبد وجب اعتاقه بالوصية ففيما يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت وفيما وراء ذلك عليهم نص عليه التمرنائي

وقوله (ومن أوصى بثلث ماله لا آخر) واضح وقوله (وان كان على المعتق دين) يعني أن من أعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض انما يمنع أحدهما الا آخر ان لو كان أحدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وههنا ما حصل ما تصديق واحد بقوله صدقتم جعل كأن الامرين كانا وثبتا بالبينه فينبينان معا كذلك (وله أن الاقرار بالدين) أي ولا يحنيفة وجهان أحدهما أن الاقرار بالدين أقوى على ما ذكر والثاني أن العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه وثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتناق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لولاه المريض أعتقتني في صحته

وقال رجل آخر لي عليك ألف درهم دين فقال المريض صدقتم أعتق العبد ويسعى في قيمته للغريم كذلك ههنا وقوله (وعلى هذا الخلاف الخ) لهما أن الوديعة لم تظهر الا والدين فظاهر معها فيما كان كالو أقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الزمة فقد وقع ما يختلف المورث وله أن حقه ثبت في عين الالف مقدار الثبوت الدين في الزمة وعند انتقالها منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كالو كان المسور حيا وقال له ذلك فقال صدقتم واختلف في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب

فصل في تقديم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل * اعلم أن من مات

قال (ومن أوصى بثلث ماله لا آخر فأقر الموصي له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصي له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصي له الا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له البينة ان العتق في الصحة) لان الموصي له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا يتقدم جميع المال والوارث ينكر لان مدعى العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكره والقول قول المنكر مع اليقين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات لليقين بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليقين الا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا من احم له فيه أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالنائب معانة وهو خصم في اقامته بالاثبات حقه قال (ومن ترك عبدا فقال الوارث أعتقتني أبوك في الصحة وقال رجل لي على أربك ألف درهم فقال صدقتم فان العبد يسعي في قيمته عند أي حنيفة وقال لا يعتق ولا يسعي في شيء) لان الدين والعتق في الصحة ظهرهما بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما كأنهما والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والأقوى يدفع الادنى فقضيته أن يبطل العتق أصلا لانه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان في دفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين أسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فوجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء

وهو تقدمه عليه فلا يساوى الاولى وبهذا خرج الجواب عن اشكال آخر وهو أن يقال المحاباة الاولى ترجحت على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي أن ترجح على العتق كالاولى لان المساوى للراجع راجع لما أمر أن رجحان الاول بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه وكذا لو قال ينبغي أن لا يكون للمدعي الثانية شيء لانها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوى للرجوح مرجوح كذا في الفوائد الجديدة اه فتأمل

* (فصل) * ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي باب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا في غاية البيان وقدم المصنف باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ

وعليه حقوق الله تعالى من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة فطر فاما أن يوصى بها أو لا فان كان الثاني لم تؤخذ من تركه ولم يجبر الوارث على اخراجها لكن لهم أن يتبرعوا بذلك وان كان الاول يتقدم ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهم ما للعباد خاصة تقدم ذكرها والله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالحج التطوع

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم) أقول قال في المنظومة في كتاب الاقرار في باب أي حنيفة خلافا لصاحبيه لو تركت ألف وهذا يدعي * ديننا ذلك قال هذا مودعي والابن قد صدق هذين معا * استويا وأعطيا من أودعا

والصدقة على الفقراء وما أشبههما أو يجمع بين هذه الوصايا كلها بأن جمع بينها والثالث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياهما كلها من ثلث ماله وكذلك إن لم يحتمل ذلك ولكن أجازت الورثة وإن لم يجزوها فإن كانت كلها وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع ببدا بمبادأة الميت وإن اختلطت ببدا بالفرائض قدمها الموصي أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لأن الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو أهم وإن تساوت في القوة يعني أن يكون الكل فرضاً أو واجباً أو تطوعاً كما ذكرنا بدئاً بمقدمه الموصي لأن الظاهر أنه يتبدى بالأهم فإن قيل أين ذهب قول أبي يوسف ومحمد (٤٦٧) ولا معتبر بالتقديم في الذكرفاته لا يوجب

التقديم في الثبوت ففي هذه المسئلة حجة لابي حنيفة

رحمه الله عليهما أوجب بأن

هذا مختص بحقوق الله

تعالى لا يكون صاحب

الحق واحداً أو أما إذا تعدد

المستحق فلا معتبر بالتقديم

كما لو وصى بثلثه لانسنان

ثم أوصى بثلثه لآخر

وقوله (فالزكاة تعلق بها

حق العباد) يعني باعتبار أن

الفقر حق في القبض ثابت

فكان بمنزلة جاحقين وقوله

(اذ جاء فيهما من الوعيد مالم

يأت في الكفارات) أما في

الزكاة فقوله تعالى والذين

يكتزون الذهب والفضة

الآية وأما في الحج فقوله

تعالى ومن كفر فإن الله

غفي عن العالمين مكان قوله

ومن لم يحج وقوله صلى الله

عليه وسلم من مات وعليه

حجة الاسلام إن شاء مات

يهودياً بالحديث

فصل (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو

آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لأن الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو

الأهم (فإن تساوت في القوة بدئاً بمقدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث) لأن الظاهر أنه يتبدى بالأهم

وذكر الطحاوي أنه يتبدى بالزكاة ويقدمها على الحج وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية عنه

أنه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الأولي أنه ما وإن استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان

أول وجه الأخرى أن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصراً عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم

الزكاة والحج على الكفارات لمزيتها عليهما في القوة إذ قد جاء فيهما من الوعيد مالم يأت في الكفارات

بخلاف مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح (قوله ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو آخرها) أقول بشكل إطلاق هذه المسئلة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بعوت الموصي على أصل أبي يوسف ومحمد رحمه الله فإن العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما نقرر في محله ومر في الباب السابق أيضاً مع أنه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وإن كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعبرات وذكر في النهاية وغاية البيان أيضاً نقل عن شرح الطحاوي فتأمل (قوله لأن الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الأهم) أقول برده على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي قوله في وضع المسئلة قدمها الموصي أو آخرها إذ على تقدير أن آخر الفرائض تكون بداءة بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداءة هناك بالأهم إذ لا شك أن الأهم هو الفرائض فكيف يتمنى هناك أن يقال الظاهر منه البداءة بما هو الأهم والجواب أن المراد بالبداءة في قوله والظاهر منه البداءة بما هو الأهم هو البداءة في الاعطاء والتعليل لا البداءة في الذكر والتلفظ فالمعنى أن الظاهر من حال الموصي البداءة في الاعطاء والتعليل بما هو الأهم في الشرع وإن أخره في الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو أن يكون المراد بالبداءة المذكورة بداءة من تنفذ وصاياهم بؤديها إلى محلها من الوصي والقاضي ونحوهما لا بداءة نفسه فالمعنى أن الظاهر من حال الموصي أن يقصد بداءة من تنفذ وصاياهم بصرفها إلى محلها بما هو الأهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه (قوله فإن تساوت في القوة بدئاً بمقدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث لأن الظاهر أنه يتبدى بالأهم) يعني أن تساوت الوصايا التي من حقوق الله تعالى في القوة بأن كان كلها فرائض أو واجبات أو تطوعاً فلا بدئاً بمقدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث لأن الظاهر من حال الإنسان أن يتبدى بالأهم (أقول) لفتايل أن يقول في تمام التعليل نظر إذ الظاهر أن الأهم في حقوق الله تعالى ما هو الأقوى منها والمفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوي تلك الحقوق فكيف يتصور أهمية بعضها من

الفقراء) أقول فانه تقع في كف الرحمن فهي حق الله تعالى (قوله وإن لم يجزوها فإن كانت كلها لله تعالى) أقول الكلام

يحتاج إلى توجيه كالآتي (قوله لأن الفريضة أهم من النافلة) أقول لعله أراد بالفريضة هنا ما يعي الواجب فلا يخالف جعل

الكفارات من الفرائض لما أسلفه أنما من الواجبات والفريضة لتلك الإرادة مقابلتها بالنافلة (قوله فإن قيل أين ذهب) أقول

يعني في الفصل السابق (قوله في هذه المسئلة حجة لابي حنيفة عليهما) أقول أبو حنيفة لم يعتبر بالتقديم في الذكر والافلا وأوصى

بثلثه لانسنان ثم به لا خزلزم أن يقدم المقدم وجوابه اعتبار عدم المجانسة عنده فيه صرح به البخاري فراجع (قوله أوجب بأن هذا

مختص بحقوق الله تعالى) أقول فيه بحث

والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض

بعض وان وجد التفاوت بينهما في القوة من جهة بعد تساويهما في القوة من جهة الفرضية أو الوجوب أو التنفل فان ظاهر أنه أهمها ما هو أقواها في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصى فان أريد بالأهم في قوله لان الظاهر أنه يتبدى بالأهم ما هو الأهم أي الأقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم أن الظاهر أن يتبدى به اذ لا يمتدئ كل أحد الى معرفة ما هو الأقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشئ منها دليلا على كونه أقوى من غيره في اعتبار الشرع وان أريد بالأهم في ذلك ما هو الأهم عند المبتدئ كما صرح به في الكافي حيث قال لان الظاهر من حال الانسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده فيكون الظاهر أن يتبدى به فسلم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا للبداة في التنفيذ والاداء بما قدمه الموصى في الذكرك مع العلم بكون ما أخره أهم في اعتبار الشرع غير واضح فان كون الظاهر من حال الانسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده متحقق في المسئلة المتقدمة هنا ايضا مع أنه لم يعمل به هناك بل عمل هناك بما هو الأهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصى أو أخرها فليتبدر في الدفع ثم ان صاحب العناية قصد تفصيل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها فقال ثم الوصايا اما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما في العباد خاصة تقدم ذكرها ومالله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما أشبهها أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثالث يحتمل جميع ذلك تنفذه وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازة الورثة وان لم يحجز وهما فان كان كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بعبادته المبتدئ وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداة بما هو الأهم اه كلامه (أقول) في تقريره خلل لان ضمير المفعول في قوله وان لم يحجز وهما اما أن يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل أو يرجع الى مطلق الوصايا الجامعة كانت بينها أو غير جامعة فان رجع الى الاولى كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فسيق كلامه الخ يلزم أن لا يصح قوله فان كان كلها لله وهي فرائض أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بعبادته لان الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات والتي كلها تطوع قسميات للوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل فكيف يتصور أن تجعل هنا قسميا منها وان رجع الى الثانية فمع كونه مما ياباه سباق كلامه يلزم أن يكون كثير من الاقسام مع أحكامها مهملا متروكا في مقام التفصيل وذلك مثل أن تكون الوصايا كلها فرائض أو واجبات أو نوافل والثالث يحتمل الكل أو لا يحتمل ذلك ولكن اجازة الورثة فان كلامه هنا قد خرج بقوله فيما قبل فان جمع بينها ولم يذكر فيها بعد أصلا فيقوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور انما وقع فيما وقع بزيادة قوله فان جمع بينها بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها ولوسلك في التقرير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ اسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان الخلل تأمل نقف (قوله وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) قال الشراح فن ذلك أن يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بإيجاب الشرع وكون النذور واجبة بإيجاب العبد اه (أقول) لقائل أن

وقوله (والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر) ترك كفاة الافطار لانها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بان ناز مستفيضة وقوله (وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) فن ذلك أن تقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بإيجاب الشرع والنذور واجب بإيجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب النذور

(وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا) يعني قوله لان الظاهر انه يتدنى بالأهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدأ بما بدأت به ولو قال كذلك لزم تقدم ما قدم فكذلك هذا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعق مثلاً سواء رتب على هذا الترتيب أو لم يرتب وما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله وما كان العبد وتجمع لكل جهة من جهات القرية مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزم ان يقسم على أربعة أسهم لان المقصود بجميعها وان كان متعديا وهو (٤٦٩) رضا الله فكل واحدة في نفسها

مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الأديمين فان الجميع منها وان كان المقصود منه القرية اذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذلك هذا قال (ومن أوصى بحجة الاسلام أجحوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة أجحوا عنه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يحج عنه لانه أمر بالحجة على صفة عدمها فيه غير أن أجوزناه لاننا علم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذهما ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى من ابطاها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا فأتى الطريق وأوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كإقدام الكفارة في القتل والظهار واليمين علم لذلك على ما ذكر في الكتاب (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله تعالى وما كان للعبد الخ) وفي غاية البيان قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اه (أقول) في الجواب نظرقاه منقوض بالعق الموقع في المرض والعق المعلق بموت الموصي وبالحج بقاء في البيع اذا وقعت في المرض فان كلامها يقدم على جميع سائر الوصايا ما كان الله وما كان للعبد لقوة العق من حيث انه لا يلحقه الفسخ أصلا وقوة المحاباة أيضا من حيث انه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي كما هو في باب العق في المرض ولولم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعهما وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في المحاباة هو العبد وفي حقوق الله تعالى هو الله تعالى فقد اختلف المستحق وكذا الحال في العق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعهما مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان العق حق العبد عنده وعند اجتماعهما مع حقوق العباد عند صاحبيه لان العق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا أوصى

قال (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي) لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله تعالى وما كان للعبد فأصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الأديمين قال (ومن أوصى بحجة الاسلام أجحوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة أجحوا عنه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يحج عنه لانه أمر بالحجة على صفة عدمها فيه غير أن أجوزناه لاننا علم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذهما ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى من ابطاها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا فأتى الطريق وأوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق

يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كإقدام الكفارة في القتل والظهار واليمين علم لذلك على ما ذكر في الكتاب (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله تعالى وما كان للعبد الخ) وفي غاية البيان قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اه (أقول) في الجواب نظرقاه منقوض بالعق الموقع في المرض والعق المعلق بموت الموصي وبالحج بقاء في البيع اذا وقعت في المرض فان كلامها يقدم على جميع سائر الوصايا ما كان الله وما كان للعبد لقوة العق من حيث انه لا يلحقه الفسخ أصلا وقوة المحاباة أيضا من حيث انه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي كما هو في باب العق في المرض ولولم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعهما وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في المحاباة هو العبد وفي حقوق الله تعالى هو الله تعالى فقد اختلف المستحق وكذا الحال في العق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعهما مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان العق حق العبد عنده وعند اجتماعهما مع حقوق العباد عند صاحبيه لان العق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر

(قوله وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة الخ) أقول قال السرخسي في محيطه لان الصدقة افضل الطاعات وأجود الخيرات قال عليه الصلاة والسلام تباها العبادات عند الله تعالى فقالت الصدقة أنا افضلها ولان نفعها عائد الى غيره ونفع غيرهما مقصور عليه وقال عليه الصلاة والسلام خير الناس من ينفع الناس والحج افضل من العق لانه من الاركان الخمسة والبداءة بالافضل أولى لانه أجر له ثوابا أعظم أجرا اه وأنت خيرير بأن قوله ونفع غيرهما مقصور عليه منقوض بالعق

وقوله (لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب الخ) مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه وورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فأوصى وجب الا كمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو وجوب ابتاعن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر بدليل أن الاول اذا بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى (٤٧٠) بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصى لم يجز ولزمه رد ما أنفقه وأما الاطعام

فانه يقبل التجزئ حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره في الانقطاع الا أن يقال التجزئ في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التابع أصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلاً لم يجب عليه إعادة ما سبق والكتاب أقوى وان كان دلالة فعل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به وقوله (على ما قررناه) أراد به قوله قيل هذا ومن أوصى بحجة الاسلام أمجوا عنه وجلا الخ

قال المصنف (لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب الخ) أقول وقرر العلامة النسفي في الكافي دليل الطرفين هكذا لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب الخ وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فبدأ من ذلك

لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب الخ وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فينتدى من ذلك المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قرب فيجى عنه من بلده وله أن الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه أداء الواجب على الوجه الذي وجب والله أعلم

(قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب الخ وسقط فرض قطع المسافة بقدره الخ) قال صاحب العناية قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب الخ مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه وورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين فأتى وأوصى به وجب الا كمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو وجوب ابتاعن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر بدليل أن الاول لو بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصى لم يجز ولزمه رد ما أنفقه وأما الاطعام فانه يقبل التجزئ حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره في الانقطاع الا أن يقال التجزئ في الاطعام مستند الى الكتاب فانه أقوى وان كان دلالة فعل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به الى هنا لفظ العناية (أقول) السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله وورد وأجيب مذكوران في النهاية وغيرها وتصرف هذا الشارح نفسه انما هو في قوله وهذا ليس بدافع الخ ساقط اذ ليس مدارا للجواب المذكور على ان التجزئ لا ينقطع وغير التجزئ ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره بل مداره على ان الانقطاع لا يضرب في التجزئ وانما يضرب في غير التجزئ فان كل عمل غير متجزئ اذا انقطع قبل التمام يبطل من الاصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلاة والحج غير متجزئ فاذا انقطع عت الحاج في الطريق وجب أن يحج من بلد الموصى أداء الواجب على الوجه الذي وجب عليه بخلاف العمل التجزئ فانه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه أن يبطل من الاصل بل يجوز أن يتم الاخر بما بقي منه كما اذا أطعم المأمور بالاطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كما نص عليه في الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور ردافا للسؤال قطعاً ولعدم فرق الشارح المزبورين المدارين قال في تقرير السؤال ولم ينقطع ما اطعمه بالموت والواقع في النهاية يدل ذلك ولم يبطل هناك ما اطعمه بالموت وفي معراج الدراية بدله ولم يجب الاستئناف هناك بل وجب الا كمال بما بقي بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله الا أن يقال التجزئ في الاطعام مستند الى الكتاب الخ على ان التجزئ يناق في الانقطاع والالم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزئ الاطعام تعارض أصلاً حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقد عرفت أن التجزئ لا يناق في الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في التجزئ وغيره الا أن كمال بما بقي متصور في التجزئ دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى فما ارتكبه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى

المكان كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قرب فيجى عنه من بلده وله أن عمله انقطع بموته لقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة والخروج للحج ليس من الثلاثة ولا بناء على المنقطع وظاهر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان هذا في المعنى وخروج له للتجارة سواء وعه يحج عنه من بلده فهنا كذلك (قوله حتى ان المأمور بالاطعام) أقول يعني في كفارة الظهار

*** (باب الوصية للاقارب وغيرهم) ***

انما آخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا الباب ذكر أحكام الوصية (٤٧١) اقوم مخصوصين وفيما تقدمه

ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص أبدا يتناول العموم قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الموصون) كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظر الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا تدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بأمر الجار (قوله لانه لما تعذر صرفه الى الجميع) يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض صرف الى أخص الخصوص وهو الموصى وقوله (وذلك عند اتحاد المسجد) قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران

*** (باب الوصية للاقارب وغيرهم) ***

(قوله كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب) أقول فانه نص على خصوص الاقارب وقدم على غيرهم المذكور مجعلا وكل ذلك يدل على أهميته وما ذكره بقوله ويجوز لا بدفعه وكذا قوله وان يقال الخ نعم يمكن أن يقال لكل

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الموصون) عند أبي حنيفة وقالاهم الموصون وغيرهم عن يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الموصى وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لاصلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بـ الجيران واستجابته ينتظم الملاصق وغيره لانه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار الى أربعين دارا بعيد

باب الوصية للاقارب وغيرهم

آخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر في هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم والخصوص أبدا يتناول العموم كذا في الشروح (قوله ومن أوصى لجيرانه فهم الموصون) قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز أن يقال الواو لا يدل على الترتيب وأن يقال فعل ذلك اهتماما بأمر الجار اه كلامه (أقول) كل واحد من توجيهه كاستدأما الاول فلان الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجى أى لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه وأما ما تأخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فامر ضرورى ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب على الثانى يعنى لما تقدم ذكر الوصية للاقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام ان يقدم ذلك في بسط المسائل أيضا للحصول التماس بين الاجال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجى لا يدفع ذلك بل يريب وأما الثانى فلان الاهتمام بأمر الجار لو كان واجبا أو مستحسنا لفعل ذلك في ترجمة الباب أن قال باب الوصية للجيران وغيرهم ولما لم يذكره هناك علم ان اهتمامه كان بأمر الاقارب فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب (قوله ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الموصى الخ) أو ضحه في الكافي حيث قال ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع ألا يرى أنه لا بد من دخوله في جار المحلة وجار الارض وجار القرية صرف الى أخص الخصوص وهو الموصى وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف لما تعذر صرفه الى الجميع يعنى عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض (أقول) لقائل أن يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض في الوصية للجيران الموصى لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصى نفسه على شئ من ذلك لاحقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد محلة فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصى عرفا كما سيأتى في وجه الاستحسان فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى أهل مسجد محلة كما قاله الامامان حتى يتعين صرفه الى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل (قوله ولان المقصد بـ الجيران فاستجابته ينتظم الملاصق وغيره) أقول ولقائل أن يقول نعم ان مقصود الموصى من إيصائه لجيرانه بـ الجيران لكن الجيران هم الموصون لا غير لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره وان صير الى كون غير الملاصق أيضا من أهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل

من الاقارب والجيران خصوصية تستدعى الاهتمام فنبه على أهمية كل منهما من وجهه بطريق حيث قدم الاقارب في الاجمال والجيران في التفصيل

وقوله (وما يروى فيه ضعيف) يعني (٤٧٣) ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال الجار أربعون دارا هكذا وهكذا أربع مرات إشارة إلى

الجواب الأربعة فان قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا ان صح كان نصافي الباب وقد طعن في راويه (قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر واللاتي والمسلم والذي قال

محمد في الزبادات وينبغي على قياس قول أبي حنيفة أن يدخل السكان تحت الوصية من الجيران المتلاصقين وان كانوا لا يعلكون المسكن ومن كان مالكه لا يمكن ساكنه لا يدخل قال أبو بكر بن شاهويه هذه كرخدانية من محمد في مذهب أبي حنيفة وليس كذلك فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو المالك وأقول ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذي لان المسجد لا يضمه الا اذا أريد بالتحاد المسجد سماع الاذان وقوله (ومن أوصى لاصهاره) أي لا قرباء امرأته قال في الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة وانما قال وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة

(قوله إشارة إلى الجواب الأربعة) أقول وفي بعض الشروح أشار إلى الجواب الثلاثة وبسار وخلف (قوله وقال ابن قدامة) أقول

من الحنابلة (قوله وليس كذلك) أقول من كلام أبي بكر بن شاهويه (قوله وأقول ينبغي على قول محمد أن لا يدخل

ان

(قوله وأقول ينبغي على قول محمد أن لا يدخل

الذي) أقول لا أدري ما وجه تخصيص محمد بالذكر

الاول فلا يكون جعل هذا التعليل دليلا ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجهه كما لا يخفى (قوله قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر واللاتي والمسلم والذي لان اسم الجار يتناولهم) أقول التعميم للمستفاد من قولهم ويستوي فيه الساكن والمالك ينافي تقييد المصنف فيما سبقه من يسكن محله الموصى الا أن يكون مانقه ههنا عن المشايخ رواية أخرى لكن أسلوب تحريره به أبي ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتأخرين المفهوم من قول المصنف من يسكن محله الموصى الخ اشتراك السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملا كأوغرهم ومما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملا كدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا ابتداء لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلا على عدم الخلاف في الحر الساكن لا على عدم الخلاف في الحر الغير الساكن اذا كانوا ملا كما حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملا كما ثم ان تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن غير الصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهما الوصية وان كانوا أحرارا وملا كافاته قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك لئلا يدخل قطعا على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما عدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصى له في الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملا كما من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض (قوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن) قال بعض المتأخرين ولقاتل أن يقول لعله أراد دخوله كونه نفسه موصى له ومستحقا للوصية فيجوز على أنه لو أعتق قبل موت الموصى صار مستحقا له ولا يضره كونه عبدا وقت الوصية اذا عبرة وقت الموت فان الخلاف بينهما غير حقيقي وأيضا الوصية بدأ للعبد ثم لمولاه لان العبد وما يملكه لمولاه فسكناء كاف في استحقاقه الوصية فتأمل الى هنا كلامه (أقول) كل من شق كلامه غير صحيح أما الاول منهم فافلان العبرة اذا كانت لوقت الموت دون وقت إيجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فافين كان عبدا وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقة لا محالة وأما الذي كان عبدا وقت الإيجاب ثم أعتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعا لانه ما صار حرا في الوقت الذي له العبرة في أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصى صار من قبيل سائر الأحرار بلا تفاوت فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بل لا ريب فكيف يحمل الكلام عليه وأما الثاني فلأنه لا شك أن ليس معنى الوصية للعبد أن يملك شيء للعبد تملك كما مضى الى الموت فملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد الى مولاه ثانيا بل معناها تملك شيء لمولى العبد كما هو الحال في سائر التملكيات للعبد على ما صرحوا به ولا يلزم أن يكون العبد أهلا لذلك لنفسه ابتداء ولم يقل به أحد فاذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التملك تملك لمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناء كاف في استحقاقه الوصية فتأمل ترشد (قوله ومن أوصى لاصهاره) قال صاحب النهاية أي لا قرباء امرأته وفي الصحاح الاصهار أهل

لان الصهر في اللغة يعني بمعنى الختن ايضا وقوله (وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها) يعني وان ورثت منه بان يكون الطلاق في المرض وقوله (ومن أوصى لاختائه) يعني ان الاختان تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الأزواج فيكون كل ذي رحم محرم من أزواج المحارم من الذكور والاثني كلهم في قسمة الثلث سواء وقوله (ومن أوصى لأقاربه) يعني تصرف الى الاثنين فصاعدا الاقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الأب أو الأم غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا وارثين عند أبي خنيقة وقوله (وفائدة الخلاف تطهر في آل أبي طالب) يعني أن الموصى اذا كان (٧٣ ع) عليا فعلى القول الاول أقصى الاب على

فلا يدخل في الوصية أولاد عقل وجعفر وعلى القول الثاني أقصى الاب أبو طالب لانه أدرك الاسلام وان لم يسلم فدخل فيه أولاد عقيل وجعفر وبقيته كلامه واضح الى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهم ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسم المن قامت به وبين كونه متروكا بالاجماع بقوله (فان عنده) أي عند أبي خنيقة بقيد بما ذكرناه من الاقرب فالأقرب بالقيود الستة التي ذكرناها (وعندهما بأقصى أب له في الاسلام وعند الشافعي بالاب الأدنى) وما كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لاحتماله وقوله

(قوله لان الصهر في اللغة يعني بمعنى الختن ايضا) أقول بدليل قولهم لكل أبي بنت اذا ما تزعمت ثلاثة أصهار اذا عتد الصهر فأولهم خدرونا ثم هم أمروء وناثمهم قبر وخيرهم القبر

وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال (ومن أوصى لاختائه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الأزواج) لان الكل يسمى ختناء لـ هـ مذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال (ومن أوصى لأقاربه فهي للاقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنتين فصاعدا وهذا عند أبي خنيقة وقال صاحب الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له في الاسلام) وهو أول أب أسلم وأول أب أدرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تطهر في أولاد أبي طالب فانه أدرك الاسلام ولم يسلم له ما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسم المن قامت به فينظم بحقيقة مواضع الخلاف وله أن الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافى ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو يختص بنسب الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمي والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف الانسان من يتقرب الي غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه وعندهما بأقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الأدنى

بيت المرأة اه وافتنى أثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحب العناية ومعارض الدراية (أقول) تفسير الاصهار في هذه المسئلة بأقرباء امرأته لا يناسب قول المصنف فيما بعد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار فان كلامهم ليس من أقرباء امرأته مع انهم يدخلون في الابناء بالاصهار بناء على كون كلهم اصهارا كما صرح به المصنف فالوجه أن يفسر الاصهار في هذه المسئلة بما هو أعم من أقرباء امرأته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار أعم من أقرباء المرأة قال في الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة عن الخليل قال ومن العرب من يجعل الصهر من الاجاء والاختان جميعا اه وقال في القاموس الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه اصهار ثم قال زوج بنت الرجل وزوج أخته والاختان أصهار أيضا اه تدبر (قوله وله أن الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية) أقول فيه بحث وهو انه ان أراد أن الوصية اخت الميراث في جميع الاحكام فهو ممنوع كيف وقد مر في الكتاب أنه يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا توارث بينهما ما لا خلاف للدينين على ما تقر في محله وكذا قد مر فيه أنه تجوز الوصية للقاتل عند اجازة

(٦٠ - تكمله ثامن)

اه من شرح الزينيات للعتابي (قوله فصاعدا الاقرب) أقول يعني يقدم الاقرب فالأقرب وبالجملة له فيه شرائط الاول أن يكون اثنين فصاعدا والثاني كونه قريبا والثالث كونه من ذي رحم محرم والرابع كونه من جهة الآباء والأم والخامس كونه غير الوالدين والولد والسادس عدم كونه وارثا قال المصنف (وقال صاحب الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له في الاسلام) أقول قال في الكافي يستوى فيه الاقرب والابعد والواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى وهذا الكلام لـ محمد يخالف ما قاله اذا أوصى رجل لامهات أولاده بالثلث والفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبرها

(واذا أوصى لأقاربه وله عمن وخالان) يعني وله ولد يحوز ميراثه فالثلث لعميه وهذا الى آخره تفصيل ما اجله من القيد على مذهب أبي حنيفة وقوله (لانه لا بد من اعتباره معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية) يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف أيضا واعترض بأن في هذا جعل عدم الميراث عتلة الميراث حيث قال اذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم آخر وحيث ذكرنا لقائل أن يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه عمن كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه (٤٧٤)

ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهم جرا وأجيب بأن ذلك غير لازم لان اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذر فتح بين أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتحقنه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف مالهما واذا أخذ العلم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهما اثلاثا وقوله (لما بيناه) أراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ وقوله (وهي أقوى) أي فسرابة العمومة أقوى من قرابة الأخوة وقوله (والعم) وان لم تكن واثرة جواب عما يقال العم لا تستحق العصبية وبقدم العم على الاخوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب ووجهه أنها مستحقة للوصية ومساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصبية لوصف قام بها وهو الاثوة لا يخرجها عن مساواتها

قال (واذا أوصى لأقاربه وله عمن وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتبار الأقارب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب (ولو ترك عما وخالين فلم يصرف الوصية والنصف للخالين) لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحوز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمته وخالاه فالوصية للعم والعمية بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى والعمية وان لم تكن واثرة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا أو كافرا وكذا اذا أوصى لذي قرابته أو لأقربائه أو لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقدمة هذا الوصف قال ومن أوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة وقال يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واثتوني بأهلكم أجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله

الورثة اياها على ما تقر في محله عند أبي حنيفة ومحمد ولا يجوز الميراث للقائل عند أحد ولو أجازته الورثة كما صرحوا به وكذا امر فيه أنفا في مسألة الابناء لا ختانه أنه يستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد ولا ميراث للعبد أصلا ولا يستوي في الميراث الاقرب والابعد على ما تقرر وان أراد ان الوصية أخت الميراث في بعض الاحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب اذا الخصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو أول المسئلة ثم ان أباحنيفة رجه الله لم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في مسئلتنا هذه أيضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر كما قال به صاحباه على ما نص عليه الامام الزبيدي في التبيين حيث قال ويستوي الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين اه وقد أفصح عنه في الكافي وغيره أيضا ولا ميراث للعبد والكافر أصلا فضلا عن التساوي مع الحر والمسلم وأما الانثى فانها وان ورثت الا أنها لا تستوي مع الذكر في الاستحقاق البتة فلم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في هاتيك الامور في مسئلتنا هذه أيضا فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبي حنيفة ههنا بأن الوصية أخت الميراث فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تظن أنه لم يتعرض في الاستدلال على قول أبي حنيفة في هذه المسئلة لحديث الاخوة بين الوصية والميراث بل استدلال عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذلك (قوله وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة) أقول في الاستشهاد بقوله تعالى وسار بأهله

ومنه

العم في استحقاق هذه الوصية كالعالم الرقيق أو الكافر لما ان حرمان الميراث لوصف قام به لا لضعف في القرابة وقوله (لانسبائه) الانساب جمع النسب وهو القريب كالانصباء في جمع النصيب وقوله (في جميع ما ذكرنا) يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافا له ما قال (ومن أوصى لاهل فلان فهي على زوجته) الوصية لاهل فلان تنصرف الى الزوجة عند أبي حنيفة والى كل من يضم نفقة فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى واثتوني بأهلكم أجمعين فانه ليس المراد به الزوج خاصة وكذا قوله تعالى فيجنيها وأهله الامر أنه وله ان الاهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله فلا يصار الى غير ما عاين امكان العمل بها

قبل في الاستدلال بهذه الآية نظراً لأنه خاطب بلفظ الجمع بقوله أمكنوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب أنه لم يقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقرابها من ضمنهم نفقته فإن كان معهم من الأرقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها إلا بطريق معرفتها السماع كما عرف في الأصول وإنما استشهد بالآية تأنيذاً فإن ثبت أن ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كالاتي استدل بها وقوله فلان تاهل ببلدة كذا هو المسموع الحال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله (لأن الإنسان يتجنس بأبيه) فإن إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش وأولاد الخلفاء صلحو بالخلافة وإن كان أكثرهم من الأماء فعلم أنهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الأم وقوله (ولو أوصى لا يتم فلان) البتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام والعيان والزمن معروفة والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة من أرمل إذا افتقر من الرمل كدفع من الدقواء وهي التراب ومن الناس من قال الارمل في النساء خاصة والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو اختيار الشعبي فإذا أوصى لهؤلاء فالأما أن يكونوا قومًا يحصون أو لا فإن كان الاول وحده الاحصاء عند أبي يوسف أن لا يحتاج في الاحصاء الى كتاب ولا حساب فإن احتج الى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد إذا كانوا أكثر من مائة فأنهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى رأي القاضي دخل في الوصية فقراءهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لان الوصية (٤٧٥) تملك وتحقق التملك فيهم يمكن

وان كان الثاني فالوصية
لفقراء منهم لما ذكره في
الكتاب وهو واضح

(قوله قبل في الاستدلال)
أقول القائل هو الاتقاني
(قوله على أن الحقائق
لا يستدل عليها) أقول ان
أراد أنه لا يستدل عليها
بالقياس فسلم ولكن
ليس الاستدلال عليها
بالآية الكريمة كذلك
بل هو من قبيل السماع
وان أراد مطلقاً فغير مسلم
(قوله كالاتي)
استدل بها) أقول منها
ما ذكره في الكتاب ومنها

ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة قال ولو أوصى لأكل فلان فهو لاهل بيته لان آل القبيلة التي ينسب اليها ولو أوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده لان الأب أصل البيت ولو أوصى لاهل نسبه أو لجنسه فالتسبب عبارة عن نسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لان الإنسان يتجنس بأبيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الأم والأب ولو أوصى لا يتم بنى فلان أو لعيانهم أو لزمناهم أو لآرامهم ان كانوا قومًا يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم - لأنه أمكن تحقيق التملك في حقهم والوصية تملك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القرية وهي في سدان الخ لئلا يورث الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقيق الحاجة فجاز جعله على الفقراء

نظراً لأنه إنما يدل على أن لفظ الاهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على أنه لا يطلق على غيرها أيضاً بطريق الحقيقة إذ لا يلزم من أن يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لا يجوز إطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذلك المعنى ألا يرى أنك إذا قلت رأيت انساناً يفعل كذا أو رأيت بالانسان هناك فرداً مخصوصاً من أفراد لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الانسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد في موضع آخر فاذن لا يثبت تلك الآية المطلوب أبي حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لاهل فلان بزوجه بل يجوز أن تتناول غيرها أيضاً كما قال صاحبها واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى

فنجيناه وأهل الأمانة ومنها ووهبنا له أهله ومثلهم معهم كذا قال الاتقاني وقال ولم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فتصمل على الكل إلا أن المالك لا يدخلون لانهم خدم الاهل تبع لهم (قوله البتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول قوله قبل نظر لاسم والظاهر أنه من باب التنارع قال الكاكي البتيم صغير لأب له وفي الجامع الكبير لشمس الأئمة فان قيل أليس ان الكفار يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يقيم أبي طالب قلنا هذا اللطف من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام فانهم كانوا يسمون البتيم وهو ليس ببتيم فلا يقتضيه سبهم كما يسبون مذهباً وهو ليس كذلك بل كان محمداً عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة) أقول في المحيط الارمل كل امرأة فقيرة بلغت فارقها زوجها أو مات عنها دخل بها أو لم يدخل وقول محمد حجة وهكذا قال صاحب الزاهر ان الارملة هي التي لا زوج لها مأخوذة من قولهم أرمل القوم اذا فنى زادهم والذكري يسمى أرملًا مجازاً خلافاً للشعبي وابن قتيبة قال صاحب الزاهر لا يقال رجل أرمل الا في الشدة وذو مطلق الكلام يحتمل على الشائع المستفيض بين الناس لا على الشاذ النادر انتهى (قوله والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم) أقول في دلالة ذلك على ما ذكره بحث فان الظاهر ان كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس وانظر الى الكافي (قوله وقال بعضهم هو مفوض الى رأي القاضي) أقول وعليه الفتوى (قوله دخل في الوصية فقراؤهم) أقول هذا جواب ان كان الاول

وقوله (بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لأبى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية) فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقيروهل يدخل الذكروالانثى في الأباى دخوله في الارامل أو ألقال الكرخى يدخل لان الأيمهى التى لازوج لها بكرا كانت أو ثيبا أو يقال رجل أيم أيضا وقال محمد الأيمهى الثيب خاصة وقول المصنف محتمل والظاهر دخوله لانه تركه اعتمادا على ذكره في الارامل وانما بطلت الوصية في الشبان والأباى لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقير حتى يصرف إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه عليه كما في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف إليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر والفقى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل إذا بلغ أربعين فراد عليه وما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب فحينئذ يكون شيئا وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا بمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر وقوله (ولو أوصى لبنى فلان) يعنى إذا أوصى لبنى فلان فلا يخلوأما ما يريد مفهومه الاضافى أو يكون اسم قبيلة أو فخذ فان كان الاول لم يدخل فيه الاثنا عند أبى حنيفة رجع اليه وكان يقول أولا يدخل وهو قولهما واختلاف عند الاختلاط أما إذا كانت الاثنا منفردات فلا تدخل بالاتفاق وجه قولهما ان جمع الذكور يتناول الاثنا وقد عرف في موضعه ووجه قوله الاخر ان حقيقة هذا الاسم وانتظامه الاثنا تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وان كان الثانى يتناول لان المراد به مجرد الانتساب لبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم يقسم الوصى بين من يقدر عليهم من فقرائهم قال (ومن أوصى لولد فلان) ومن أوصى لولد فلان اما أن يكون أبيا خاصا أو فخذافان كان (٤٧٦) الاول فالوصية تناولت الاولاد دون أولادهم الذكروالانثى عند الانفراد

بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لأبى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه عليه كما في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا بمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاثنا في قول أبى حنيفة أول قوله وهو قولهما ان جمع الذكور يتناول الاثنا ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاثنا تجوز والكلام لحقيقة بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والاثنا لانه ليس يراد بها أعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكروالانثى فيه سواء) لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا وسار بأهله فيه نظر لانه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا قال لاهله امكثوا ألا يرى انه خاطبهم بخطاب الجمع اه وأجاب عنه

والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجازا لا يصار اليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الاولاد وأولاد الانشاء رواية واحدة وفي أولاد البنات واثنان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة أن الوصية لولد فلان تتناول الولد

وولد الولد فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم قال القدورى والصحيح أنهم لا يدخلون وذكره (ومن الحقيقة والمجاز كما ذكرنا وان كان الثانى يدخلون وان كان الصلبي قائما لان فلانا إذا كان فخذافبنوه وبناته لا تخلعون الاولاد عادة فتكون مرادة فتدخل بخلاف ما إذا كان أبيا خاصة فان بنيه وبناته قد تخلعون الاولاد فلا تكون مرادة

قال المصنف (وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين) أقول يخالف لما سبق في باب الوصية بثلاث المال فيما إذا أوصى لامهات أولاده وللفقراء والمساكين إلا أن يكون هذا قول محمد ثم رأيت في غاية البيان أن المسئلة تختلف فيها وان هذا قول محمد والحمد لله تعالى (قوله ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاثنا في قول أبى حنيفة أول قوله وهو قولهما) أقول وفي الكافي يخالف لما في الكتاب ففيه ولو أوصى لبنى فلان فهو ولد كور لا غير عند أبى يوسف وهو قول أبى حنيفة آخر اعتبارا للحقيقة وقال محمد يدخل فيه الاثنا وهو قول أبى حنيفة أولا اه فلعل فيه روايتين (قوله فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم) أقول أى يورثكم فان ولد الابن يدخل في الميراث مع البنت الصلبية والجواب أنه دخل في الميراث مع البنت بدليل آخر كذا في معراج الدراية وعندى أن الفهم بطريق آخر فانه اذا لم يكن للبنت صبي وكان له ابن ابن وبنت ابن مثلا يكون المال بينهما للذكور مثل حظ الاثنيين بهذه الآية فعلم أن الاولاد يتناول اولاد الاولاد لأن فلانا إذا كان فخذافبنوه وبناته لا تخلعون الاولاد عادة أقول فيه بحث فان الخلو وعدم الخلو لا مدخل له في كون أولاد الاولاد مرادة إذا كانت معنى مجاز بالاولاد الا اذا قامت قرينة على ارادتها أيضا والظاهر أن يقال اذا كان فلان فخذافبكون المراد مجرد الانتساب اليه فيدخل الكل بخلاف ما إذا كان أبيا خاصا فليستامل

وقوله (ومن أوصى لورثة فلان) واضح وقوله (ومن أوصى لمواليه) مبني على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يجيز ذلك فأجاز هذا وأصحابنا ما جوزوه وكذلك هذا المروي عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن انظر المولى يطلق على الأعلى والأسفل متواطئ كالأخوة على بنى الأعيان وبنى العلات وبنى الأخفاف وليس بظاهر لأن معنى الأخوة في الجميع واحد وهو اشتراك المولى في الأب والرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فإن معنى الأعلى منهم ومعنى الأسفل منهم عليه فكان في أحدهما معنى الفاعل وفي الآخر معنى المفعول واليه أشار بقوله إن الجهة مختلفة وقوله (في موضع الإثبات) احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا على أن لا عموم للمشترك لافي النفي ولا في الإثبات وأجابوا عن مسألة الخلف بترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل الحامل (٤٧٧) على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير

(ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث ومن أوصى لمواليه موال اعتقه وموال اعتقه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه إن الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا له أن الاسم يتناولهم لأن كلامهم يسمى مولى فصار كالأخوة ولنا إن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمه ما لفظ واحد في موضع الإثبات بخلاف ما إذا حلف لا يكلم مولى فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله

صاحب العتابة حيث قال بعد نقله والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها من ضمهم نفقته فإن كان معه الأرقاء لم يدخل فيه أحد بالاتفاق اهـ (أقول) لا ينبغي على ذي فطرة سليمة أن هذا كلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب العتابة فإن حصل نظره القدر في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى وسار بأهله بناء على أن ما وقع في سياقه من خطاب الأهل بلفظ الجمع يأتي كرون المراد بالأهل هنالك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جوابا عنه تأمل تفهم فالظاهر في تعديل قول أبي حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولابي حنيفة أن الأهل عند الإطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك اهـ تبصر توقف (قوله) ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله (أقول في التعديل كلام لأن مقتضى قوله لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لأحد من هؤلاء أصلا إذ يلزم حينئذ أن يكونوا أرقاء في حالة تضاف الوصية إليهم وهي حالة الموت فإن الممرض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون إضافة الوصية إلى حالة الموت والوصية للرقق بشي غير رقبته لا تجوز كما نصوا عليه وقدم في الكتاب أن الوصية لامهات الأولاد يثبت ماله جائرة ولا يمكن أن تتعلق تلك الوصية برقبته لأن الوصية بالرقبة اعتاق والوصية لها لا تتحمل أن تكون اعتاقا لأنها تعتق بموت مولاها وان لم تكن عنه وصية أصلا كما

بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير بمستوفي بعون الله وتأييده فإن قيل سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة أجيب بأن الكلام فيما إذا مات الموصى قبل اليمين والتوقف في مثله لا يفيد فإن قيل اترجى من جهة أخرى يمكن وهو أن تصرف الوصية إلى المولى الذي اعتقه لأن شكر المنعم واجب وأما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب والصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب كما هو المروي عن أبي يوسف بهذا المعنى أجيب بأنهم معارضة بجهة أخرى وهو أن العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الأسفل الفقير وفي الأعلى الغني والمعروف عرفا كالمشروط

شرطا كما هو المروي عن أبي يوسف بهذا المعنى ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الأعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لأن عتقه لا يثبت بعد الموت لأن المتوقف على الشيء لا بالعلية يعقبه وجود أو الوصية تضاف إلى حالة الموت لأنها أخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيها

(قوله فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير) أقول قال في التقرير يتناول الموجودات المختلفة باعتبار معنى واحد انتهى ثم قال كذا في أصول شمس الأئمة وفيه نظر لأنه يفضى إلى جواز إرادتهما فيما يصح الجمع بينهما وليس لنا نقول به إلا إذا جعل معنى كلامه أن الكلام متروك بدلالة اليمين إلى مجاز بينهما وهو أن يكون المولى من تعلق به عتق وهذا المعنى بعمومه يتناول الأعلى والأسفل انتهى ما في التقرير

(وعن أبي يوسف أنهم يدخلون) لأن سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاء (لازم) أي ثابت مستقرا والصحيح الأول لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالأحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت (ويدخل فيه) أي في هذا الابصاء يعني بالاجماع عبد قال له مولاه وهو واضح ولو أوصى (٤٧٨) لمواليه وله موال وأولاد الموال وموالي الموالاة دخل معتقوه وهو ظاهر

وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فأنت حر لأن العتق ثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال وأولاد موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالى الموالاة وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعنى الانعام وفي الموالى عقد لا الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيه موالى الموالى لأنهم موالى غير حقيقة بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة

وأولادهم لأن نسبهم إليه بالولاء لا بالعتق الذي ياتر في آبائهم والفروع أجزاء الأصول فكان الاطلاق حقيقة فيهم كافي أصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم المولى عنهم بخلاف ما تقدم من نفي فلان وأولادهم لأن الذي عن الفروع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا بنى فلان وانما هم بنو بنيه وعن أبي يوسف أنهم يعني موالى الموالاة يدخلون أيضا لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (والاعتاق لازم) جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الأعلى والأسفل ووجهه أن المشترك لا يعمل به الا إذا لم تكن قرينة على أحد المعنيين وههنا قرينة تميز أحدهما وهوان ولواء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة ضعيف يختلف فيه بين العلماء وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا تتحقق الزيجة بينهما ولو لم يكن له الاموالى موالاة كان الثلث لهم لأن الحقيقة

حقيقة الشراح هناك فكان بين تلك المسئلة وبين هذا التعليل تدافع ويمكن أن يقال جواب تلك المسئلة على موجب الاستحسان كما ذكره هناك وهذا التعليل على موجب القياس ووجه الاستحسان الذي ذكرناه هناك غير متمم ههنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا يصار إليه ههنا (قوله وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتأخرين قلت لا ينبغي أن تناول الاسم الأعلى والأسفل بطريق التواطؤ ليس بأبعد من كون هذا تناول كذلك فالجواب أن أبا يوسف جوز هذا دون ذلك اه (أقول) ان أبا يوسف جوز ذلك أيضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال وقال الشافعي الوصية لهم جميعا وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر لأن الاسم يتناولهم اه وصرح به صاحب معراج الدراية أيضا هناك حيث قال وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لهم جميعا وهو قول زفر وأحمد والشافعي في قول اه وما ذكره المصنف في هذه المسئلة رواية أيضا عن أبي يوسف لاقوله مطلقا كما يشير إليه قول المصنف وعن أبي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف ويرشد إليه أيضا أن شمس الأعمدة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية فالجواب من ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تنجو برأي يوسف تناول الاسم للكل في المسئلتين معام كونها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب أنه جوز تناول للكل في هذه المسئلة دون الأولى ومفاسدة قلة التدبير والتبصير مما يضيّق عن الاطاعة به نطاق البيان (قوله وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما إذا لم يكن له موال أى موالى العتاقة ولا أولاد الموالى أى ولا أولاد موالى العتاقة يعني حينئذ الثلث لموالى الموالاة وقال في الجامع الكبير وان لم يكن له الاموالى الموالاة كان الثلث لهم لأن الحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى واقتضى أثره صاحب العناية (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليله بقوله لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعنى وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف آنفا ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعنى الانعام وفي المولى عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة بأشراكه بينهما وبينوا مراد المصنف هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا ما ذهب إليه صاحب النهاية

ولو

إذا لم تكن وجب العمل بالمجاز صور الكلام العاقل عن الالغاء

(قوله وهوان ولواء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته ولواء الموالاة الخ) أقول فيه بحث (قوله لأن الحقيقة إذا لم تكن وجب العمل بالمجاز) أقول بخلاف لما ذكره أنفام القول بالاشتراك الآن يبنى على التسليم والتزل

(ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا أن اسم الموالى لا ولاد الموالى حقيقة وقوله (ولا يدخل فيه) أى فيما إذا أوصى لمواليه (موال أعنتهم) هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب أن يقال موال أعنتهم أبوه أو ابنه لأن التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لأن الحقيقة هو أن يباشراعتاق مملوك فيصير به مولى عنه والمجاز أن يتسبب لذلك باعتاق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد في حق موالى الأب والابن فعل الاعتاق ولا تسببه فقلنا أنهم لا يدخلون في هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لأن الذين أعنتهم موالى له حقيقة وقوله (وانما يحزر ميراثهم بالعصوبة) جواب عمار وى عن أبي يوسف أن موالى أبيه تدخل اذا مات أبوه وورث ولا هم ولا هم لانهم موالى له حكما وهذا يحزر ميراثهم ووجه ذلك ان احراره الميراث ما كان لكونهم موالى له لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لان الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الوالامة كاهمة (٤٧٩) النسب لا يباع ولا يوهب ولا

ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موال أعنتهم ابنه أو أبوه لانهم ليسوا عوا وبه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحزر ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله أعلم بالصواب

والعناية لما صح قوله في التعليل لان اللفظ لهم مجازا اذا لاشك أن اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنياه أو معانيه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أنه اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى فالثالث لموالى الموالى حينئذ يرتبط قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى بما قبله أشد ارتباطا وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجازا الخ انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفي غاية البيان أيضا عند شرح كلام المصنف ههنا وكان صاحب النهاية انما اغتر بما نقله عن الجامع الكبير فان المذكور فيه موالى الموالاة دون موالى الموالى لكن التعليل المذكور ههنا وهو قوله لان الحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسئلة غير أب عنها فانه لا يتناقف الاشتراك لجواز أن يكون أحد معننى المشرك الحق بالارادة من الآخر لا من مرجح وان كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما أشار اليه المصنف فيما مر بقوله والاعتاق لازم فكان الاسم له الحق بخلاف تعليل المصنف ههنا على تقدير أن يراد بالمسئلة ما ذكر في الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فانه لا يطابق المسئلة حينئذ بل بأباه جسدا كما بيناه انفا (قوله ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لقائل أن يقول لم لا يصار ههنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العقائل عن الالغاء في حق النصف والمصير الى عموم المجاز لمخلص معروفي في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه ههنا أن يحمل الموالى على من كان للموصى مدخل في عتقه أعم من أن يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه أو بطريق التسبب كما في معتق معتقه فليتأمل والله أعلم

يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله (بخلاف معتق البعض) قال في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الايضاح لانه يثبت بهذا الفرق بين موالى الموالى وبين موالى أعنتهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضا وذلك انما يستقيم اذا كان بخلاف معتق المعتق وأما معتق البعض فعند أبي حنيفة لم ينسب اليه بالولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما ان نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض

الشارحين أن النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال أعنتهم باثبات اقطعة ابنه وههنا بخلاف معتق البعض فجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موال أعنتهم ابنه ومعناه فان معتق البعض يدخل تحت الوصية للأولى لانه مولاة حقيقة بخلاف موالى الام لانهم ليسوا موالى له أصلا ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهب مالان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند تمام الكتابة وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وان كان فيه بعد من حيث الابراد على مذهب ما خاصة والله أعلم

قال المصنف (ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لم لا يجوز أن يراد المعنى العام لكليم ما بقريئة صيغة الجمع والمحصار المعتق في الواحد وجوابه أن الانحصار وقت الوصية لا يمنع صيغة الجمع في معناها بناء على تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت (قوله لانه يثبت بهذا الفرق) أقول قوله الفرق فاعل يثبت (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله لان معتق البعض كالمكاتب) أقول الظاهر أن يقال لان معتق البعض عند أبي حنيفة كالمكاتب

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنها واضعاً قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) كلامه واضح وبقيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما ماعليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما ما بين الارث لان الوصية تعتمد التملك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة (فكذا بعد الممات) لان الموت (٤٨٠) لا يزيلها والارث خلافة (فيما يملكه المورث وذلك في عين تبق والمنفعة عرض

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبداً) لان المنافع يصح تملكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوباً ساعياً لما له في حق المنفعة حتى يملكها الموصي له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز مؤقتاً ومؤبداً كما في العارية فانها تملك على أصلها بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبق والمنفعة عرض لا يبق وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى يشملها ما قال (فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه لخدمته) لان حق الموصي له في الثلث لا يزاحم الورثة (وان كان لامل له غيره خدوم الورثة يومين والموصي له يوماً) لان حقه في الثلث وحدهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد أجزاؤه لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهايات ابقاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاً بالانتفاع لانه يمكن القسمة بالأجزاء وهو اعدل للنسبوية بينهم ما زماناً واذناً وفي المهايات تقديم أحدهما زماناً ولو اقتسموا الدار مهايات من حيث الزمان تجوز أيضاً لان الحق لهم الآن الاول وهو اعدل اولى وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار وعن أبي يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لانه خاص بملكهم

باب الوصية بالمنافع

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجوداً فأخرها عنها واضعاً كذا في الشروح (أقول) فيه شيء وهو أن هذا انما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالثمرة لان الثمرة من قبيل الاعيان والباب يشمل الاقسام الثلاثة كلها اعنووا وأحكامها لا يتم التقريب وان صير الى التوجيه يناء الكلام على الأكثر يسبق تأخير الوصية بالثمرة خالياً عن بيان السكنى كالأبغني (قوله الآن الاول وهو اعدل اولى) قال بعض المتأخرين فيه أن المفروض كون المهايات باختيارهم فالتأخير يسقط حقه فلا تبق الاولوية الا بالزام الحماكم حتى يكون اولى انتهى (أقول) ليس هذا بسديد لان اسقاط التأخير حقه لا يلزم أن يكون بطيب خاطره بل يجوز أن يكون مع الكراهة لامر بدعوا اليه فكيف يساوى هذا استيفاء حقه كلاً كما في الاول ثم ان سلم كون اسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يقتضي الانتفاء الظلم له وتحقق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الاول اعدل منه

لا يبق) واذا جازت الوصية بشفعة العبد حازت بغلته لانها بدلها فأخذت حكمها (والمعنى) وهو الحاجة (يشملها) يعني المنفعة والغلة وقوله (فان خرجت رقبة العبد) فيه تفصيل وهو أنه اذا أوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان قال أبداً أو جعل ذلك زماناً فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث أو لم يخرج ولكن أجازت الورثة التسليم اليه يسلم اليه لخدمته وان لم تجز الورثة خدوم الورثة يومين والموصي له يوماً الى أن يموت وان كان الثاني فاما أن عين سنة مثلاً أن يقول سنة ست وسبعين وسبعمائة أو لم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات الموصي بعد مضي بعض من تلك السنة أو مات قبل مضيتها فان كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فانه يسلم العبد الى

الموصي له حتى يستوفي وصيته وان كان

لا يخرج ولم تجز الورثة بخدوم الموصي له يوماً والورثة يومين حتى تضي السنة التي عينها ثم يسلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج وأجازت الورثة يسلم العبد الى الموصي له ليستخدمه سنة كاملة ثم يرد الى الورثة وان لم يخرج ولم تجز الورثة بخدوم الموصي له يوماً والورثة يومين الى ثلاث سنين ثم يرد الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا أوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلته تلك السنة على ما سنده كره

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال (فان كان مات الموصي له عاد الى الورثة) اذا مات الموصي له عاد الموصي به الى ورثة الموصي (لان الموصي اوجب الحق للموصي له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلما انتقل الحكم الى وارث الموصي له استحقها ابتداء من ملك الموصي) لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقّي والمنفعة عرض لا يبقّي لكن يجوز أن يستحقها الذّات لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مرضاة المالك لا يجوز (ولومات الموصي له في حياة الموصي بطلت) الوصية (لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل) أي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب (٤٨١) عند الموت (ولو أوصى بغلة عبده

أوداره) فاستخدم العبد الموصي بغلته الموصي بنفسه أو سكن الدار الموصي بغلته بنفسه اختلف المشايخ في ذلك على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وليس للموصي له بالخدمة أن يؤجر العبد والدار) واضح سوى ألفاظ ذكرها (قوله اعتبارا بالاعارة فانها تملك بغير بدل) قد تقدم في باب العارية وفي الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل المقرر وهو أن الشيء لا يتضمن ما فوقه وقوله (الآن الرجوع للتبرع لا غيره) جواب عما يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ ووجه ذلك ان الاعتبار للوضوعات الاصلية والوصية في وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع بموت الموصي من العوارض فلا يعتبر به

قال المصنف (وجه الظاهر أن حق الموصي له ثابت في سكني جميع الدار

وجه الظاهر أن حق الموصي له ثابت في سكني جميع الدار بأن ظهر لليت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذلك حق المراجعة فيما في أيديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فنعوا عنه قال (فان كان مات الموصي له عاد الى الورثة) لان الموصي اوجب الحق للموصي له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلما انتقل الى وارث الموصي له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز (ولومات الموصي له في حياة الموصي بطلت) لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل (ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قبل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم أو دنابر وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصي له بالخدمة والسكني أن يؤجر العبد والدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فملك تملكها من غيره ببديل أو غير بدل لانها كالايمان عنده بخلاف العارية لانها باحة على أصله وليس بملك ولنا أن الوصية تملك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك بملكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تملك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تملك ببدل كذا هذا وتحققه أن التملك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الآن الرجوع للتبرع لا غيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أما هو في وضعه غير لازم

للتسوية بينهم ذنا وزمانا ولا شك أن الاعدل أولى (قوله وجه الظاهر أن حق الموصي له ثابت في سكني جميع الدار بأن ظهر لليت مال آخر وتخرج الدار من الثلث) أقول فيه بحث اما أولا فلا لانه منقوض بما اذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقسمها الموصي له مع الورثة على الثلث والثلثين فان للورثة هناك أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي تلك الدار بخلاف مع جريان هذا الدليل ل هناك أيضا بأن يقال ان حق الموصي له ثابت في عين جميع الدار بأن ظهر لليت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وأما ثانيا فلا لانه ان كان حق الموصي له ثابتا في سكني جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر لليت وخرج الدار من الثلث فاما أن يكون حق الورثة أيضا ثابتا في سكني جميع تلك الدار أولا فان كان الاول يلزم أن يثبت في سكني جميع الدار الواحدة في حالة واحدة حقوق أشخاص والا لزم باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة في جميع محل واحد في زمان واحد لاستلزامه تداخل الاجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر محال وان كان الثاني يلزم أن لا يقسم عين الدار بين الموصي له والورثة اثلا لانه لا تقاع وأن لا يقسم الدار بينهم مهاباة من حيث الزمان

(٦١ - تكمله ثامن) بأن ظهر لليت مال آخر) أقول قال السكاكي ويعتبر بهذا الاحتمال لانه نشأ من دليل وهو ايصاء الميت بكل منافع الدار مع علمه ان الايصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعا فلم يكن له مال سوى هذه الدار لم يوص بجميع منافعها احترازا عن الحرم شرعا اه وفيه تأمل (قوله فاستخدم العبد الموصي بغلته الموصي له) أقول قوله الموصي له فاعل استخدم قال المصنف (وقيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود) أقول لا ينبغي أن الانسب للقيام كان أن يقول لان عين المنافع قيمتها لكنه قلب تنبيه على قوة المعنى وجوازها بطريق الاولى فلي تأمل

وقوله (ولان المنفعة) دليل آخر وقوله (وهذا لا يجوز) يعني بناء على ما قال ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعتراض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة تبع المالك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها ببدل واجب بان كلام المصنف في الوصية فراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله (اذا كان يخرج من الثلث) احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له (٤٨٣) الاخراج الى اهله الا باجارة الورثة وقوله (واذا كانوا في غيره) أي في غير

مصر الموصى وقوله (ولو) أوصى بغلة عبده أو بغلة داره) قد علم جواز دفعها تقدم من طريقين ولعله ذكره تهيئاً للقوله (ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة) يعني اذا لم تجز الورثة كانت الوصية بغلة عبده سنة وتذكير الضمائر ما يتأويل المال أو نظرا الى الخبر وقوله (لانه عين مال تحتل القسمة بالاجزاء) وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه ان لم يخرج من الثلث وفيه إشارة الى الفرق بينها وبين الخدمة فان العبد لما لم تحتل القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المياة الى ما يستوفي خدمته سنة كاملة كما مر ذكره وقوله (ولو أراد الموصى له قسمة الدار) ظاهر الى قوله (عطفامنه لاحدهما على الآخر) ومعنى ذلك أنه عطف قوله والآخر برقبته على قوله أوصى له بخدمة عبده (فتعتبر هذه الحالة) يريد حالة العطف (بحالة الانفراد) أي

ولان المنفعة ليست بحال على أصلنا وفي غلبتها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبع المالك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي يملكها أما اذا غلبت على مقصوده بغير عوض ثم يملكها بعوض كان مملكا أكثر مما يملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجهم الى أهله للخدمة هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كانوا في مصر فمقصوده أن يملكه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبد الى أهله لخدمتهم ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضا لانه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم أو دناتير فكان بالجواز أولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال تحتل القسمة بالاجزاء فلما أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن أبي يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصى له الا ان يقول المطالبة بالقسمة تنفي على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو المطالب واللاحق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو أوصى له بخدمة عبده ولا خبر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها صاحب الخدمة لانه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفامنه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد

اثلا للثبوت - حق الموصى له في سكنى جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض مع أن المسئلة خلاف ذلك كما مر آنفا في الكتاب (قوله فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبع المالك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي يملكها) قال في العنايه واعتراض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة تبع المالك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها ببدل واجب بان كلام المصنف في الوصية فراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه اه (أقول) الجواب منطوقه لان كون كلام المصنف في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله بمنفعة تجوز الوصية بها فان مقدمات الدليل لا يلزم أن تكون مساوية للدعي بل لا بد من كاية الكبرى اذا كان انتاج الدليل بطريق الشكل الاول وههنا كذلك اذ حاصل هذا الدليل أن الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بحال على أصلنا وما ليس بحال في غلبتها بالمال احداث صفة المالية فيه تحقيقا للساواة في عقد المعاوضة وما في غلبتها احداث صفة المالية فيه لا تثبت الولاية عليه بهذه الصفة الا لمن يملكه تبع المالك الرقبة أو لمن يملكه بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي يملكها ولا يكون مملكا أكثر مما يملكه فانه لا يجوز شرعا ولا يذهب على ذي مسكة أن ماعدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الدلالة الشرعية كلية كل واحد منهما في نفسه لا بحال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحر لوقوعها في محل

بحالة انفراد احد الوصيتين عن الاخرى فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما ثم

(قوله وتذكير الضمائر ما يتأويل المال أو نظرا الى الخبر) أقول يعني من الخبر قوله بدل المنفعة قال المصنف (لانه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفامنه) أقول أي من محمد أو من الموصى فانه عطف قوله ولا آخر برقبته بالواو وعلى قوله أوصى له بخدمة عبده كذا في شرح الكافي والأقرب عندي هو الثاني (قوله ومعنى ذلك أنه عطف الخ) أقول يعني ان محمد اعطف الخ

وقوله (ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة) كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة (والخدمة للموصي له) من غير اشتراك (فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر) تكون الرقبة له والخدمة للموصي له بها (اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك فيه ما يثبت بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمته لشخص و برقبته لا خرا ما أن يكون أدرك أحد الخدمة أولا فان كان الثاني فنفقته على الموصي له بالرقبة الى أن يدرك الخدمة لان الاتفاق عليه تموا العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا أدرك الخدمة صار كال كبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه بالاتفاق عليه اذ العبد لا يقوى على الخدمة الا بهوان أبي الاتفاق عليه رده الى من له الرقبة كالستعير (٤٨٣) مع المعبر وان جنى جنابة فالفداء على من له الخدمة لان

التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجنابة فيجب عليه التطهير وقوله (ولها) أى لهذه المسئلة (نظائر) وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقوله (ولائى) لصاحب الطرف) وهو الامه والخاتم والقوصرة (في المفسر) (يعني الولد والفص والتمر) (في هذه المسائل كلها) أما اذا كان أحد الايجابين موصولا بالآخر فلا اتفاق وأما اذا كان أحدهما منفصلا عن الآخر فكذلك عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقوله (كافي وصية الرقبة والخدمة) فان الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدلل به أبو يوسف في الكتاب والمنسوط دليل على أن المعول على قول محمد

ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلم يوص في الرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصي له فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيه ما بعد الموت ولها نظائر وهو ما اذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث أو وصى لرجل بخاتم ولا آخر بنفسه أو قال هذه القوصرة لفلان وما فهم من التمر لفلان كان كما أوصى ولائى لصاحب الطرف في الظروف في هذه المسائل كلها أما اذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف وعلى قول محمد الامه للموصي له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في أخواتها لابي يوسف ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامه للموصي له بهادون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصلا لان الوصية لا تلزم شئ في حال حياة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كافي وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك

الكبرى من الشكل الاول تبصر (قوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ) قال صاحب العناية وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصي له من غير اشتراك فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصي له بها اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك فيه ما يثبت بعد الموت اه (أقول) ان قوله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد والحق أن يقال كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لان قول المصنف ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الخ انما يفيد أن بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا يبين حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة (قوله ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) قلت ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص وبتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولها مالهما لفظا واصالة والا يلزم أن يخالف هذا ما مر في مسئلة صحة الوصية بجارية الاجلها من ان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعافا اذا أقر الام بالوصية صح افرادها ويلزم أن يخالف أيضا ما مر في كتاب الاقراء من ان الفص لا يدخل في الخاتم لفظا بل يتناول هذا الأمر في الملقوط بل انما المراد بتناول اسم الخاتم للفص واسم الجارية لما للقره لان الاستثناء تصرف في الملقوط بل انما المراد بتناول اسم الخاتم للفص واسم الجارية لما

قال المصنف (وكذلك في أخواتها) أقول

والصواب في أخواتها هو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر كذا في شرح الكاكي قال الاتقاني أراد باخواتها مسئلة الخاتم مع الفص ومسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة الشاة مع الصوف ومسئلة الدوام مع البناء ومسئلة السيف والحلية والامتنان والتمر الموجود مثل ذلك والارض والنخل مثل ذلك وكل شئ يشبه هذا مما يكون الاسم في الوصية عاما فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء كذا قال الكرخي في مختصره الى هنا كلام الاتقاني قال المصنف (وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) أقول هنا فروع مخالفة لما أسلف في الوصية بجارية الاجلها فراجع ما ملا قال المصنف (واسم القوصرة كذلك) أقول فكان كل منها كالعام الذي الخ ولا ينبغي أن يظن أن تلك الاسماء عمومات فان ليس كذلك كما لا يخفى

قال (ومن أوصى לאחר ثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة) المسائل المتعلقة بالانقصار على الموجود من الموصي به والتعدي إلى ما يحدث على وجوه ثلاثة في وجه يقع على (٤٨٤) الموجود واذا مات الموصي له ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية بغلة

بستانه أو أرضه أو سكنه داره أو خدمة عبده فان العرف فيها جازع إلى الأبد ويعبر بخروجه من الثلث وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية بالصوف على ظهر الغنم والولد في بطن جاريته والبن في الضرع لأن المعدم من هذه الأشياء لا يستحق بوجه ما وفي وجه أن ذكر الأبد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمره بستانه وأن لم يذكره فإن كانت الثمرة موجودة قبل الموت تناولها والا فليقاس أن تبطل الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث إلى أن يموت الموصي له وجه القياس أن الثمرة في الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل وجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا لكلام الموصي عن الالغاء والمصنف حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقي والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لأنه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة وقوله (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا) إلى آخر الباب واضح ولقد دراهم المصنف ما أجزل تركه وأحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج إلى تقرير بالوتر كيه أو في تأديته من غيره وهذا

ومن أصلنا أن العام الذي موجب ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في القص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل القص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما إذا أوصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصي له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصي له فيه حق بخلاف ما إذا كان الكلام موضوعا لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين انه أوجب لصاحب الخاتم الخلقه خاصة دون القص قال (ومن أوصى לאחר ثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانى أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق ان الثمرة اسم الموجود عرفا فلا يتناول المعدم الأدلة زائدة مثل التخصيص على الأدلة لا يتناول المعدم والمعدم مذكور وان لم يكن شيئا أما الغلة فتتضمن الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت يتناولها معر فاعبر موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو ببناتها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبدا أو لم يقل) لأنه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ

في بطنها تناولها مالهما تبعاع عند الإطلاق فترفع المخالفة كما لو هبها البعض (قوله ومن أصلنا أن العام الذي موجب ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص) أقول لا مجال للعموم في الالفاظ المذكورة في هاتيك المسائل لأن الخلقه والقص بالنظر إلى اسم الخاتم وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر إلى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر إلى اسم القوصرة بمنزلة الاجزاء لدولات هذه الاسماء لاجزئيات معانيها الا لا يصدق معنى الخاتم على القص وحده ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل الثمر وحده على ان الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها وكل من هؤلاء جزئي خاص فكيف يتصور فيها العموم فقوله (ومن أصلنا ان العام بمنزلة الخاص بمنزلة الغوه هنا كما لا يخفى) قوله بخلاف ما إذا كان الكلام موضوعا لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين انه أوجب لصاحب الخاتم الخلقه خاصة دون القص) أقول فيه شيء وهو انه قد تقر في كتاب الاقرار أن استثناء القص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما يتناوله الاسم لفظا كالفص في الخاتم والخلق في البستان والبناء في الدار فإمعني قوله أو الاستثناء في قوله لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء (قوله ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو ببناتها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبدا أو لم يقل) أقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الوجه سماحة فان الإطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل لا يناسب تقييد صدرها بقوله أبدا حيث قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا فلاولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد أبدا في صدر المسئلة أو ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل تدبر) (قوله لأنه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ) أقول لا يخفى على الفطن ان هذا التعليل ينقض بما

(قوله ذكر الأبد أو لم يذكر) أقول يعني أطلق ولم يذكر قيدا

وقوله (وبعد الخلع) صورته أن تقول المرأة لزوجهما العنى على ما في بطن جاريتي أو عني صم وله ما في بطنها وإن لم يكن في البطن شئ فلا شئ له وما حدث بعد ذلك فالمرأة لأن ما في البطن قديكون (٤٨٥) متقوما وقد لا يكون فلم يضره حتى

لوقالت على جمل جاريتي وليس لها جمل ترد المهر

باب وصية الذي

عقب وصية المسلم بوصية الذي لكون الكفار لمحقين بالمسلمين في أحكام المعاملات (وإذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة في حنيفة ثم مات فهو ميراث) لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا وأما عندهما فلا أن هذه معصية فلا تصح عندهما تقدم من مسئلتى الثمرة والغلة فإن الإيصاء بإيجاب بعد الموت في كل الصور مع أنه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ على الحادث بعده أيضاً بذكره أيضاً في الغلة نعم كأن المصنف قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الخ الآن هذا التعليل ههنا بقي خالياً عن الفائدة وإنما يحصل وجه هذه المسئلة مما ذكره في الفرق الآتية (قوله الآن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والأجرة فاقضى ذلك جوازاً في الوصية بالطريق الأولى) قال بعض المتأخرين يرد عليه أن لنا أصلاً آخر وهو أن الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف ألحقته به اهـ (أقول) لا ورود ما توهمه بل هو ساقط جداً فإن مبناه أن يكون الخاق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والأجرة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه يرشد إليه قطعاً قول المصنف رحمه الله بالطريق الأولى وفي قوله فاقضى ذلك جوازاً في الوصية بالطريق الأولى لأن الأولوية إنما تنصور في الدلالة دون القياس وكون الشئ ثابتاً بخلاف القياس إنما ينافي القياس عليه لأن من شرط القياس أن لا يكون المقيس عليه معدولاً عن سنن القياس دون الإلحاق به بطريق الدلالة وقد مر مراراً نظراً لهذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض * ثم أقول بقي لنا شئ فيما ذكره المصنف رحمه الله وهو أن عقد المعاملة باطل غير مشروع عند أبي حنيفة كما تقرّر في موضعه فقوله ههنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لا يتمشى على قول أبي حنيفة وإنما يتمشى على قول صاحبيه فإن عقد المعاملة مشروع عندهما والمسئلة التي نحن فيها إنما اتفقا وعليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه فتأمل

باب وصية الذي

ذكر وصية الذي بعد وصية المسلم لأن الكفار لمحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا (أقول) أكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الأقل على الأكثر غير معقول والظاهر أن يقال لما كان لبعض وصايا الكفار أحكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة وأخره لخلاصهم (قوله وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في حنيفة ثم مات فهو ميراث) لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا وأما عندهما فلا أن هذه معصية فلا تصح عندهما) قال صاحب

إذا وصية هنا واطهاران عبارة الوصية سهو من الناسخ والاصل أن هذه الصنعة نعم لوقال لأن الوصية بالمعصية لا تصح فهذا أولى كان صحيحاً

(ولو أوصى) بذلك أي لو أوصى (٤٨٦) بأن تعمل بيعة أو كنيسة لقوم معينين (فهو جائز من الثلث لأن في الوصية معنى

الاستخلاف والتبليك) والذي ولاية التبليك (فأمكن تصحيحه) أي تصحيح إيصائه (على اعتبار المعنيين) يعني الاستخلاف والتبليك فجعلناه من الثلث نظر إلى الاستخلاف فجوزنا ذلك نظرا إلى التبليك وإذا صار ملكا للسمين صنعوا به ما شاؤوا (وان أوصى أن تجعل داره كنيسة لقوم غير معينين) يعني قوما غير محصورين (جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالاهي باطلة لأن هذه الحقيقة) معصية وان كان في معتقدهم قرينة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها ولا في حنيفة) أن الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو أوصوا بالبيع لم يعتبر وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذلك إذا أوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية لا فأمرنا أن نستر بهم وما يدينون قالوا هذا الخلاف إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى فأما في مصر فلا يجوز بالاتفاق لأنهم لا يمكنون من أحداث ذلك في الأمصار

(قوله يعني الاستخلاف والتبليك فجعلناه من الثلث نظرا إلى الاستخلاف) أقول فيه نظر فان الاعتبار من

قال (ولو أوصى بذلك لقوم معينين فهو الثلث) معناه إذا أوصى أن تبني داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التبليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال (وان أوصى بداره كنيسة لقوم غير معينين جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالوا الوصية باطلة) لأن هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قرينة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولا في حنيفة أن هذه قرينة في معتقدهم ونحن أمرنا بأن نستر بهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قرينة حقيقة معصية في معتقدهم لا يجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذلك عكسه

العناية في شرح هذا المحل إذا صنع يهودي بيعة أو نصرا في كنيسة في محته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف التخريج أما عنده فلا أن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان لمسلم فان وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى وأما عندهما فلا أن هذه الوصية معصية فلا تصح إلى هنا لفظه (أقول) فيه خلل من وجوه الأول أنه صرف البيعة إلى اليهودي والكنيسة إلى النصراني وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في الأصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى وعبارة الكتاب هنا تحتل صرف البيعة إلى النصارى والكنيسة إلى اليهود بطريق ألف والنشر العسر المرتب والثاني أنه قال أما عنده وقال بعده فلا أن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله وأضمر بأب حنيفة أولا وأظهره ثانيا وكان الأول مقام الاظهار والثاني مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف فانهم على الأصل السيد حيث قال لانها بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث فأظهره بأب حنيفة أولا وأضمره ثانيا والثالث أنه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فان وقف المسلم في حال الحياة موروث وبعد موته مع أن وقف الكافر أيضا موروث عنده بلا تفاوت بخلاف عبارة المصنف فانها مطلقة حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع أنه قال فلا أن هذه الوصية معصية مع أنه لا وصية في مسئلتنا هذه فان المذكور فيها صنع اليهودي أو النصراني في حال حياته بدون إضافة شيء إلى ما بعد موته والوصية تبليك مضاف إلى ما بعد الموت بخلاف قول المصنف فان هذه معصية إذا المشار إليه بهذه في قوله المذكور هي الصنعة دون الوصية فلا غبار عليه (قوله لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التبليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) قال في العناية وغاية البيان وإذا صار ملكا للسمين صنعوا ما شاؤوا اه (أقول) هذا على أصلهما مظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت في معتقدهم قرينة كما سيجي فإذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وان كان قرينة في معتقدهم الكفار لمهما المصير إلى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتبليك تصحيم الكلام العاقل مهما أمكن وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فغير ظاهر لان كون الموصي به قرينة في معتقدهم الموصى كاف عنده في صحة الوصية كما سيجي وأيضا وفيما نحن فيه كذلك فينبغي أن تصح حقيقة الوصية عندهما كما تصح فيها إذا أوصى بذلك لقوم غير معينين على ما سياتي بدون المصير إلى اعتبار معنى الاستخلاف والتبليك في تصحيحها والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه وان كان جوابها على الاتفاق بينهم كما في المسئلة السابقة

ثم

الثلث انما هو لعلق حق الورثة بما زاد عليه مما سبق ولهذا الملك في حياته حال المرض يعتبر من الثلث أيضا والاظهار ان النظر إلى المعنيين في التجوز الصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف ولا اعتبار من الثلث يعلم مما أسلفه

وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله (لم تصر محررة لله حقيقة) بل تحرر على معتقدهم (فتبقى ملكا للباني فتورث عنه) وقوله (ولأنهم يبنون) دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى (٤٨٧) وقوله (بخلاف الوصية) متصل

بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله (لانه وضع) وفي قوله (ثبوت مقتضاه) وقوله (فبقى على مقتضاه) كلها راجع الى الوصية وتأويل الايصاء وحاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة الملك الا ان لفظها تنقاع عن افادة معناه وهو زوال الملك فيما اذا وصى بمال ليس بقربة في معتقدهم فأما اذا لفت ما هو قربة فيه علمت عليها وقوله (ثم الحاصل ان وصايا الذي الخ) واضح (قوله وهو ما ذكرناه) يريد به الوصية ببناء البيعة أو الكنيسة وقوله (كأن كرهناه)

يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله (والوجه ما بيناه) أي من الجانبين وهو أن المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما أنه وصية معصية (قوله والجهة مشورة) يعني أن كلامه في صرف المال الموصى به الى استضافة المسجد وغيره اخرج منه على طريق المشورة لا على طريق الازام وقوله (على الخلاف المعروف في تصرفاته) يعني أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبي

حنيفة ان أسلم نفسه كسائر تصرفاته والا فلا

ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وإنما يزول ملكه بأن يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولأنهم يبنون فيها الخيرات ويسكنونها فلم تحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذي على أربعة أقسام منها أن تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا وصى الذي بان تذييع خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كأن كرهناه والوجه ما بيناه ومنها اذا وصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا وصى بالخرج أو بأن يبنى مسجدا للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعياهم لوقوعه عليهما لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا وصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا وصى بأن يسرج في بيت المقدس أو بغري التركة وهو من الروم وهذا جائز سواء كانت لقوم باعياهم أو بغياهم لانهم وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضا ومنها اذا وصى بما لا يكون قربة لافي حقنا ولا في حقهم كما اذا وصى للغنيات والناسحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا أن يكون لقوم باعياهم فيصح عليهما واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لاننا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه

وأسلوب تحرير ما في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخرج أيضا فلنأمل (قوله ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله الى قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة) قال في العناية بل تحرر على معتقدهم (أقول) لقائل أن يقول ان أصل أبي حنيفة رحمه الله أن كون الشيء قربة في معتقدهم كاف ببناء على أن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون فلا اعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر أنفا فلم لم يعتبر هنا كون الكنيسة أو البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول ملك الباني عنها فان قلت انهم يبنون فيها الخيرات ويسكنون فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها قلت هذا صير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات الى آخره والكلام في التعليل الاول فلا معنى للخلط (قوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات ويسكنونها فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد به) قال صاحب العناية قوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اه أقول فيه نظران كون هذا دليلا آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضي سبق دليل أول عليه ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلا عليه وإنما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بلا دليل ثم أقول الحق عندى أن قوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات الخ دليل آخر على الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني الخ كانه قال ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى بينهم لان البناء نفسه ليس بسبب

(قوله والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وفي قوله فبقى على مقتضاه كلها راجع الى الوصية) المناسب للكلمة كلها أن يقول بصيغة الجمع وأن يقول راجعة

وقوله (وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة) وصارت كالذمية قال في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وههنا الأصح وهما يصدقان وقوله (وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمستأمن أو ذمي بماله كله جاز) قبل هذا إذا لم تكن الورثة معه أما إذا كانت فإنها تتوقف على إجازتهم وإلى هذا أشار بقوله (٤٨٨) (وليس لورثته حق شرعي لكونهم في دار الحرب) وقوله (وذلك في حق المستأمن أيضا) جواب

عبارته على قوله ورد الباقي على الورثة وهو أن يقال قد قلت ليس لورثته حق شرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرده عليهم الباقي وجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضا امرأه على حق المستأمن لأن من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ وقوله (ولو أعتق عبده عند الموت الخ) ظاهر وقوله (ولو أوصى لحربي في دار الإسلام) دار الإسلام طرف لا وصى لا لقوله حربي أي لو أوصى الذي في دار الإسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولأن الذي إذا أوصى لحربي في دار الإسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو

وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة بخلاف المرتدة لأنه يقتل أو يسلم قال (وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمستأمن أو ذمي بماله كله جاز) لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ بإجازتهم وليس لورثته حق شرعي لكونهم في دار الحرب أذهب أموات في حقنا ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان والأمان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضا ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في دار الإسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذمي بوصية جاز لأنه مادام في دار الإسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذي ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز لأنه مستأمن من أهل الحرب أذهبوا على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة بالجزية ولو أوصى الذي بالكفر من الثلث أو بعض ورثته لا يجوز باعتبار المسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات ولو أوصى بخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث إذا كفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربي في دار الإسلام لا يجوز لأن الارث ممنوع لتباين الدارين والوصية أخته والله أعلم بالصواب

لروال ملك الباقي ولأنهم يمتنون فيها الحرات ويسكنونها الخ تبصر (قوله وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة بخلاف المرتدة لأنه يقتل أو يسلم) قال صاحب النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم أنها لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينهما وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وههنا الأصح وهما يصدقان اه (أقول) ليس هذا بتوفيق صحيح إذ لا شئ أن مراد من قال في الخلافات هو الصحيح يرجح هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما أن مراد من قال هو الأصح ترجحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الأصح ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافي ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدقاهما (قوله ولو أوصى لحربي في دار الإسلام لا يجوز لأن الارث ممنوع لتباين الدارين والوصية أخته) أقول هذا التعليل الذي حاصله قياس الوصية على الارث منقوض بمسائل متعددة مررت في الكتاب آنفا منها ما إذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله فإنه جائز مع أن الارث ممنوع بين الذي والحربي لتباين الدارين وبين المسلم والحربي لاختلاف الدينين وتباين الدارين حكما ومنها ما إذا أوصى ذمي لحربي مستأمن بوصية فإنه جائز في ظاهر الرواية مع أنه لا توارث بينهما لتباين الدارين حكما ومنها ما إذا

أوصى له أي للمستأمن مسلم أو ذمي بوصية جاز والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وههنا الأصح وهما يصدقان) أقول فيه بحث فإنهم إذا قالوا هو الصحيح فهو في مقابلة الخطاب بخلاف الصحة المفهومة من الحكم بالصحة بالالتزام قال المصنف (وذلك من حق المستأمن أيضا) أقول لا من حق ورثته حتى ينافي ما قلنا آنفا قال المصنف (ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حياته) أقول فيه شئ فإن هذا الكلام إنما يناسب لاثبات جواز وصية المستأمن للمسلم أو الذي ويمكن التوجيه كما أشير إليه فليأمل (قوله ولأن الذي إذا أوصى) أقول في صحة هذا العطف تأمل

جواب

باب الوصى وما يملكه

قال (ومن أوصى الى رجل فقبل الوصى في وجهه الموصى وردها في غير وجهه فليس برد) لان الميت مضى لسيده معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فترده بخلاف الوكيل بشرأعبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه

أوصى مسلم لمستان من بشئ فانه أيضا جائز في ظاهر الرواية مع انه لا توارث بين المسلم والكافر أصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين أيضا اذا كان الكافر حيا ولو كان مستأنا

باب الوصى وما يملكه

لمافرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها أمس (قوله بخلاف الوكيل بشرأعبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتممة وأدب القاضى الصدر والشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى فاضلخان لانه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضع في الذخيرة الفصل الثاني من وكالته والفصل العاشر من التمة والباب السابع والستون من أدب القاضى وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وفصل التوكيل بالخصوصة من فتاوى فاضلخان الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشرأعبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه عنه أيضا بغير علم الموكل كافي الوصى لانه يؤدي الى نفي الموكل بخلاف ما اذا كان وكيلأ بشرأعبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي الى نفي الموكل وهذا فيما اذا و كله بشرأعبد بغير عينه لانه لا يملك عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ واليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملك على ما قيل الاجتزاع من الموكل أى لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ فمن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذى قاله صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتممة والذخيرة وغيرهما ليس بشئ لان المراد بما ذكر في التمة وغيرهما من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلأ بشرأعبد بغير عينه لانه لا يؤدي الى نفي الموكل وهذا فيما اذا كان وكيلأ بشرأعبد بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف الى هنا كلام صاحب الغاية الى هذا مال صاحب العناية أيضا كما يظهر من تقريره في شرحه أقول بل ليس هذا التوفيق بشئ لانهم عقدوا في أكثر المعربات لعزل الوكيل فصلا على حدة أو باعلى حدة وبينوا فيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشئ فهل يجوز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلأ بشرأعبد بغير عينه فيكون عقدا الفصل أو الباب لبيان حكم العزل في مسئلة بعينها من مسائل الوكيلات بعبارة مطلقة ويكون حكم العزل في سائرهما متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب ولعمري ان حمل كلام الفقهاء على مثل ذلك سفسطة لا تخفى ولذا كرم بينا عبارة الذخيرة لعلك تأخذ منها حصاة قال فيها الفصل الثاني في رد الوكيل من الوكيل وفي عزل الوكيل وقال قد ذكرنا أن الوكيل اذا رد الوكيل تروك ولكن هذا اذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلا ترد حتى ان من وكل غائبا قبل بغيره ففرد الوكيل ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكيل الوكيل صح قبوله وصار وكيلأ ثم قال ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج

(لأنه لا ضرر هناك لأنه متى قادر على التصرف بنفسه) فإنه جعل علة جواز عدم الضرر كما في رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مختار لعامة روايات الكتب من التمسك والخبرة وأدب القاضي لاصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحمدي وقتاوى قاضخان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة ولكن ليس (٤٩٠) فيما نقله ما يدل على أن الوكيل بشراى شيء بغير عينه وعن هذا قال بعض

الشارحين رواية عامة الكتب فيما إذا كان وكيله بشراى شيء بغيره وقد أشار إليه المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل لا يجزى من الموكل وذلك أيضا قول المشايخ على ما يشير إليه قوله قيل وسببه الاضرار بغيره وأما إذا كان وكيله بشراى شيء بغير عينه فليس فيه ذلك وقوله (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصى ليس له ولاية الا لزام فبقى مختارا) يعنى كمن وكل حال حياته فإنه ما لم يوجد من الوكيل قبول نصا ولا دلالة كان بالخيار قيل كان يجب أن لا يكون مختارا لأنه لما بلغه الايصاء ولم يرد اعتمد عليه الموصى ولم يوص الى غيره وفي ذلك ضرره والضرر مرفوع وأجيب بأن الموصى معتبر حيث لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما إذا قبل ثم رد في عينه فإنه غار فيبطل

لأنه لا ضرر هناك لأنه متى قادر على التصرف بنفسه (فان ردها في وجهه فهو رد) لأنه ليس للموصى ولاية الزامه التصرف ولا غرو فيه لأنه يمكنه أن ينيب غيره (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل) لان الموصى ليس له ولاية الا لزام فبقى مختارا فلأنه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافه لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه وإذا كانت خلافه لا تتوقف على العلم كالوراثه أما التوكيل فانها لتبوتها في حال قيام ولاية الميت فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد ينطريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب

عن الوكيل علة عندنا الوكيل بالخصوصية والوكيل بالبيع والشراء والنكاح والطلاق وصائر التصرفات في ذلك على السواء ثم قال وكذلك اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد بما إذا كان وكيله بشراى شيء بغيره وعن هذا قال صاحب الكافي ههنا يدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عند بعينه الخ الا يرى أن الوكيل اذا أخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعه للغرر والضرر المنهين فان يجب في الغرر والضرر عن الميت وهو أحق بالنظر أو لى انتهى (قوله لأنه لا ضرر هناك لأنه متى قادر على التصرف بنفسه) أقول إقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصورته رد الوصى الوصية في غير وجه الموصى في حياته فان الموصى متى قادر على التصرف بنفسه في حال حياته مع أنه لا يصح رد الوصى الوصية في غير وجه الموصى بعد أن قبلها في وجهه لافي حياته ولا بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب أن معنى الايصاء الى أحد استخلافه بعد الموت لافي حال الحياة فالنصرف الذي يرفعه الموصى الى الوصى انما هو التصرف الكائن بعد موته ولا شك أنه ليس بقادر في حياته على النصرف الحاصل بعد مماته كما أنه ليس بقادر عليه بعد مماته فلا شبهة فلا انتقاض نعم انه يقدر في حياته على الايصاء الى الآخر يدل الاول اذا علم رد الاول لكن الكلام هنا في عدم صحة رد الوصى بغير علم الموصى فان معنى قوله في غير وجهه بغير علمه ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح أيضا (قوله وإذا كانت خلافه لا تتوقف على العلم كالوراثه) أقول رد عليه أن يقال هب أن الوصاية خلافه لكنها ليست بخلافه ضرورة كالوراثه بل هي خلافة اختيارية الا يرى أنه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا فإذا كانت خلافه بتوقف ثبوتها على اختيار الموصى اليه اياها فعدم توقف ثبوتها على علم الموصى اليه بها مشكل جدا لا يخفى ان اختيار شيء وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتأمل (قوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) قال جمهور الشراح ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي بقوله ومن أعلم الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنه شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو والاول سواء أى

اختياره وقوله (فلو أنه باع شيئا من تركته) بيانه أن القبول يجوز أن يكون دالة فانه ما عمل الصريح اذا لم يوجد صريح بخلافه لكنه يعتبر بذلك بعد الموت وقوله (وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) من ذلك ما ذكره في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالمواريث ومن أعلم الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنه شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو والاول سواء أى الواحد فيها يكفي

(قوله وعن هذا قال بعض الشارحين) أقول يعنى الاتقاني

وقوله (وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل) يعني أن الوصي إذا سكت في حياة الموصي ثم بعد مماته قال لا أقبل فقبل فهو وصي ان لم يخرج به القاضي حين قال لا أقبل لان عجزه وقوله لا أقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لفرلان في ابطاله مضره بالميت وفي ابقائه ضرر للموصي لكن الاول اعلی لكونه غير مجبور بشئ والثاني مجبور بالنواب وودفع الاعلى من الضر وأولى لاحالة وقوله (الأن القاضي اذا أخرجه) استثناء من قوله فله ذلك يعني (٤٩١) أن القاضي اذا أخرجه عنها حين

(وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل قبله ذلك ان لم يكن القاضي أخرجه من الوصية - من قال لا أقبل) لان بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان في انطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالنواب ودفن الاول وهو أعلى أولى الا أن القاضي اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية قيد دفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا للمال الميت متصرفا فيه فسد دفع الضرر من الجانبين فلهذا انفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه أقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال (ومن أوصى الى عبد أو كافر أو فاسق أخرجه من القاضي عن الوصاية ونصب غيره) وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل أن الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور أن الوصية تستظل

ان معناه سيطل ووجهه ان العبد اهل للتصرف ولهذا جازوه كيده ولكن لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت مظنوناً لكون منافعها للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجابة كان له الرجوع وعند ذلك يخرج العبد عن التصرف بالوصاية فلما انما سيطل باخراج القاضى اياه عنها واما السكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قام شيئاً قبل ان يخرج حقه القاضى جازفت ان الالباء صحيح لكنه لا يتوفى السياسات الفاسدة فجاز للقاضى أن يخرج حقه عن الوصية

وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الأئمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعبدية وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته اشارة الى ما قبل الاجازة وقوله (واستبداده الى ما بعدها) لانهم اعزله الاعازة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه في الكافر ايضا باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهرا وقد ذكرنا بعضا منه آنفا وقوله (وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره) لان الميث انما اوصى اليه ليعتد في ماله وأولاده بعده بالحفظ والصيانة وبالحماية لترفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية وقوله (٤٩٣) (ومن اوصى الى عبده نفسه) واضح وقوله (وفي اعتبار هذه أي هذه

الوصية وهي وصية عبده على الورثة الصغار (تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته) وقوله وهذا انقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصى ولا يملك لا تجزأ اذ لا يقال ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزى في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصى لكنه غير متجزئة كان عائد على موضوعه بالنقض وقوله (انه مخاطب) احتراز عن الصبي والمجنون وقوله (مستبد) احتراز عن الايضاء الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله (ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه فيحقق المنع والمنافاة وأجيب بانه اذا ثبت الايضاء لم يسق للقاضي ولاية البيع

(قال المصنف وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غير معناه مستبطل) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فان اسم الفاعل حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال

وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غير معناه مستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الناسق على أصلنا وولاية الكافر في الجملة الا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الجبر بعده لولا المعادة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالحيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه انما للنظر وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال (ومن اوصى الى عبده نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) لان الكبير ان ينعى أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيجبر عن الوفاء بحق الوصاية فلا يبعد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند أبي حنيفة ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروي مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف وجه القياس أن الولاية منعقدة لما أن الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمسلوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تجزأ وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا انقض الموضوع وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا مالا كليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايضا هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية أصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك ايضا بها (قوله) وقيل قول محمد مضطرب يروي مرة مع أبي حنيفة ومرة مع أبي يوسف قال صاحب العناية ولناسق هذا القيل نظر لان كبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وأبي الليث في نكت الوصايا والقنوري في التقریب وشمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا انتهى أقول نظره ساقط اذا لا يلزم من أن يذكروا قول محمد مع أبي يوسف في كتب هؤلاء المشايخ الذين عدتهم أن لا يكون قوله مضطرب في نقل أحد أصلا كيف وقد قال في المحيط البرهاني وان كانت الورثة صغارا كلهم فان اوصى الى عبده غيره فالوصية باطلة وان اوصى الى عبده نفسه فالوصية جائزة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف انها باطلة على التفسير الذي قلنا وقول محمد في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف انتهى نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع أبي يوسف ولهذا اختاره المصنف حيث ذكر قوله مع أبي يوسف أولا وأشار الى وقوع رواية أخرى في كلام بعضهم حيث قال وقيل قول محمد مضطرب فلا غبار فيه (قوله) وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا مالا كليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه

والجل على عموم المجاز محل تأمل يعلم الجواب بما ذكر في شرح الاتقاي وهو أن محمد اذ كرى الجامع الصغير عن يعقوب المولى عن أبي حنيفة في المسلم يوصى الى الذي قال الوصية باطلة وكذلك ان اوصى الى عبده غيره فالوصية باطلة الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذكر محمد في الأصل وإذا اوصى لغيره فالوصية باطلة وان أجاز مولا وقال في الأصل أيضا اذا اوصى المسلم الى ذي أو الى حري مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل وقال في الأصل أيضا ولو اوصى الى فاسق منهم مخوف على ماله فالوصية اليه باطلة انتهى (قال المصنف ومن اوصى الى عبده نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) أقول لا يخفى عليك أن وجه صحة الوصية الى عبد العبر جارنا الا أن يقول ويقال اذا كان للقاضي أن يخرج له يستقر على الصحة فكان لم يصح من الابتداء حيث كان على شرف الزوال

وقوله بكونه ناظر لهم لان العاقل لا يختار المرفوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وأمانته وشفقته على من خلفهم وصار
 كالمكاتب فان الايلاء اليه جائز فكذلك هذا قوله (والوصاية قد تتجزأ) جواب عن قوله ما في اعتبار هذه تجزئتها وذلك أن الحسن
 ابن زياد روى عن أبي حنيفة أنه اذا أوصى الى رجلين الى أحدهما في العين والى الآخر في الدين أن كل واحد منهما يكون وصيا فيما
 أوصى اليه خاصة أو نقول بصار اليه أى الى التجزى كى لا يؤدى الى ابطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان
 قيل يقضى الى تغيير وصفه وهو جعله متجزئا بعد ما لم يكن قلنا يعتبر الوصف لتصحيح الاصل أولى من اهداره بالكلية قال
 (ومن يجز عن القيام بالوصية) معنى قوله بالوصية بالوصاية اعلم ان الاوصياء ثلاثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد المصنف
 العاجز أصلا اذا ظهر للقاضى عجز وصى عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غيره رعاية لخلق الموصى والورثة وهذا لان القاضى نصب
 ناظرا واذا علم صيانة الوصى ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى
 اليه الوصى ذلك أى عدم الاستبداد بجزمه لا يجيبه كما ذكر في الكتاب (٤٩٣) ولو ظهر عنده عجزه أصلا استبدل

غيره به رعاية للنظر من
 الجانبين أى جانب الموصى
 والوصى يقوم المنصوب
 من جهة القاضى
 بالتصرف فى حوائج الموصى
 والعاجز المعزول بقضاء
 حقوق نفسه واذا كان عدلا
 كافيا فليس للقاضى أن
 يتعرض اليه بالاعراج
 وان شكاه الورثة أو بعضهم
 اليه الا اذا ظهر منه خيانة
 فانه يستبدل به غيره ووجه
 ذلك مذكور فى الكتاب
 قوله (ومن أوصى الى
 اثنين الخ) روى عن أبي
 القاسم الصغار أنه قال
 هذا الخلاف بينهم فيما
 اذا أوصى اليهما جميعا معا
 بعقد واحد فأما اذا أوصى
 الى كل واحد منهما بعقد

المولى اليه يؤذن بكونه ناظر لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروى عن أبي
 حنيفة أو نقول بصار اليه كى لا يؤدى الى ابطال أصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل أولى قال
 (ومن يجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضى غيره) رعاية لخلق الموصى والورثة وهذا لان تكميل
 النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فتم النظر برعاية غيره ولو شكاه اليه
 الوصى ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشا كى قد يكون كاذبا تخفيا على نفسه واذا ظهر
 عند القاضى عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف أمينافيه
 ليس للقاضى أن يجز به لانه لو اختار غيره كان دون لما أنه كان مختارا لميت ومريضه فابقاؤه أولى ولهذا
 قدم على أب الميت مع وفور شفقه فأولى أن يقدم على غيره وكذا اذا شك الورثة أو بعضهم الوصى
 الى القاضى فانه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدله منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير أنه اذا
 ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لا مائنه وقد فانت ولو كان فى الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه
 ينوب القاضى منابه كانه لا وصى له قال (ومن أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف عند أبي
 حنيفة ومحمد دون صاحبه) الا فى أشياء معدودة تبين ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف ينفر دكل
 واحد منهما بالتصرف فى جميع الاشياء لان الوصاية

فيحقق المنع والمنافاة واجب بأنه اذا ثبت الايلاء اليه لم يبق للقاضى ولاية البيع كذا السؤال
 والجواب فى أكثر الشروح وعزاها فى النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار أقول فى هذا الجواب بحث
 لان عدم بقاء ولاية البيع للقاضى موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو أول المسئلة التى نحن
 فيها والمقام مقام إقامة الدليل عليه من قبل أبي حنيفة رحمه الله فلو بنى تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة
 على المطالب بالتحالة فالحق فى الجواب عن السؤال المذكور مانقه صاحب الغاية عن شرح
 الاقطع حيث قال وأورد فى شرح الاقطع سؤال الجواب فقال فان قيل اذا كانا وصيا فالقاضى بلى
 على بيعه اذا رأى ذلك قيل ولاية القاضى على الوصى لا تمنع جواز الوصية لانه بلى على الارحام

على حدة فانه ينفر دكل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه أبو الليث هذا أصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كلا منهما
 على الانفراد وحكى عن أبي بكر الاسكاف أنه قال الخلاف فيهما جميعا سواء أوصى اليهما جميعا أو متفرقا وجعل فى المبسوط هذا الاصح
 لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وحيث ثبتت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما قال
 الا فى أشياء معدودة ولم يذكر كتبها لاختلف أقوال العلماء فيها قد كرى الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول
 الهبة وجميع الاموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بخمس حقه وشراء ما لا بد للصغير منه وبيع ما يسرع اليه الفساد وورد الغصب
 والوديعة والخصومة وذكر فى الجامع الصغير لقاضيان ثمانية وهى الستة المذكورة فى الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر
 فيها ايضا جميع الاموال الضائعة قيل ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فيعدان واحدا كى لا يزداد ما نص
 عليه من الثمانية والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك

سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزأ فثبت لكل منهما كلاً كولاية الانكاح والاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان نائباً للوصي وقد كان وصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالسفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مقيد وما رضى الموصى الاب بالثني وليس الواحد كلثني بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما كلاً ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ بخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيراً في التصرف ففي الاول أو في حقها على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقها لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليه ما وله ما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة أبداً وهي ما استثناء في الكتاب وأخواتها فقال (الافى شراء كفن الميت وتجهيزه) لان في التأخير فساد الميت ولهذا اذ لكه الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لانه يخاف موتهم جوعاً وعزراً (ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال وقضاء الديون) لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا نظفهم بخمس حقه

وقوله (سبيلها الولاية) يعني انها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله (لانها ليست من باب الولاية) أي الولاية المستفادة من الموصى لتحقيقها من غير من أوصى اليه وذ كرروا به الجامع الصغير لبيان أن اقتضاء الدين أي قبضه ليس كقضائه بسل هو على الاختلاف

وجود الوصية اليهم انتهى (قوله وهي ما استثناء في الكتاب وأخواتها) يعني وهي أي الاشياء المعدودة ما استثناء القدر في مختصره بقوله (الافى شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعق عبداً بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدر في الاستثناء عليها في مختصره واقتنى أثره المصنف في البداية وقوله هنا وأخواتها بالرفع عطف على ما في قوله ما استثناء في الكتاب أي والمسائل التي هي أخوات للمسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المصنف في الهداية بقوله ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه ما التوى والتلف وجع الاموال الضائعة وهذه التي زادها المصنف على ما في الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتأخرين في شرح هذا المحل قوله وهي ما استثناء في الكتاب أي في مختصر القدر كما سبق وقوله وأخواتها بالرفع عطف على ما اشارة الى أنه يراد عليه أشياء أخرى وهي ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاد عليه المصنف رد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحداً كما جعل في الاسرار بناء على أن الاول داخل في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشتري شراء فاسداً يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر وما زاده اثنين والافى أربعة عشر وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الأخوات انتهى كلامه أقول هذا الذي ذكره مع كونه ناشئاً عن الغفلة عما زاده المصنف في الآخر من أشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجع الاموال الضائعة محتفل في ذاته اذ لا يمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاده اثنين وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة على الاثنين واحد فكيف يمكن أن يكون المجموع بزيادة الاثنين أحد عشر وبزيادة الثلاثة أربعة عشر بل لابد أن يكون بزيادة الثلاثة اثني عشر كما لا يخفى (قوله وطعام الصغار وكسوتهم) قال في غاية البيان وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على قوله في شراء الكفن وكذلك قوله ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعق عبداً بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه

وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراى (وتنفذ وصية بعينها وعق عبد بعينه) لانه لا يحتاج فيه الى الراى (والخصومة في حق الميت) لان الاجتماع فيهما متعذر ولهذا ينسبها احد الوكيلين (وقبول الهبة) لان في التأخير خيفة القوات ولانه يملكه الاموال في حجره فلم يكن من باب الولاية (وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف) لان فيه ضرورة لا تخفى (وجمع الاموال الضائعة) لان في التأخير خشية القوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع أو يتقاضى والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضى بأمانتهم ما جعلا في القبض

التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر انتهى أقول لا يخفى أن ما يساعده تحرير المصنف من الاعراب هو الذى ذكر في الشرح المزبور لكنه منظور فيه عندى لان قول المصنف في شراء الكفن في كتابه هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن ولا ريب أن الضمير المستتر في قوله فقال راجع الى ما رجع اليه الضمير المستتر فيما استثناه في الكتاب وهو القدورى والمراد بالكتاب مختصره فيلزم أن يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من مقول القدورى في مختصره وليس كذلك قطعاً كما عرفت مما بيناه فيما مر آنفاً اللهم الا أن يحمل قوله فقال الا في شراء الكفن الخ على تغليب ما ذكره القدورى في مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق اللاحاق به تأمل (قوله وحفظ المال يملكه من يقع في يده) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين يعنى أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الاحفظ للمال الى أن يقضى صاحب الدين وكل من يقع المال في يده فهو يملك حقه انتهى أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ذهب اليه تكلف بارد بل تصف فاسد اذا شك أن مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبيله وحفظ الاموال فكيف يتم حينئذ توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الاموال كما لا يخفى (قوله والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم) أقول فيه شئ وهو أن قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم أن لا يكون الاقتضاء الذى هو القبض معنى التقاضى في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع أن الامر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لانه في معناه وضعا الا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حتى أى أخذته انتهى ثم أقول في الجواب ليس مراد المصنف ههنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم نبي كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان أن عرفهم بطابق اللغة والوضع وفائدة دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضى الاقتضاء في الوضع غير كاف لان العرف قاض على الوضع أى راجع عليه فان قلت بقي المخالفة حينئذيين كلام المصنف هنا وبين كلامه هناك الا أن العرف بخلافه قلت مراد المصنف هنا أن المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين ومراده هناك أن العرف بخلافه في زماننا أو في ديارنا ولا غرو في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين أو المكانين ويؤيده أن صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكره محمد في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد نفع الاسلام الزيدوى في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضى في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضى مستعملاً

وقوله (ولو أوصى الى كل واحد منهم ما على الانفراد) ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما وقوله (فان مات أحدهما) متصل بأول الكلام وقوله (ولو أن الميت منهما أوصى الى الحي) ظاهر وقوله (والى الجدي في النفس) يعني اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغار واستيفاء القصاص اليه فكذا الوصى فيما انتقل اليه لانه خلف عن الأول وباعتبار هذه الخلافه يجعل الأول قائما حكما والخلف يجعل عمل الأصل عند عدم الأصل وقوله (وعند الموت كان له ولاية) أى عند موت الموصى كان للوصى ولاية فى التركيبين أى فى تركه نفسه سماته تركه باعتبار ما يؤل اليه وتركه موصيه أما فى تركه فباعتبار انه ملكه وأما فى تركه موصيه فباعتبار الوصاية اليه فينزل الثاني منزله (٤٩٦) فيهما وقوله (فلا يرضى بتوكيل غيره) أى لا يرضى المولى بأن يوكل وكيله

ولانه فى معنى المبادلة لاسماعتدا اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى الى كل واحد على الانفراد قبل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما أفرد قد رضى رأى الواحد وقيل الخلاف فى الفصلين واحد وهو الأصح لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات أحدهما جعل القاضى مكانه وصيا آخر أما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا آخر تنظر الميت عند عجزه وعند أبي يوسف الحى منه ما وان كان يقدر على التصرف فالوصى قصداً بخلفه متصرفاً فى حقوقه وذلك يمكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الميت ولو أن الميت منهما أوصى الى الحى فلا حى أن يتصرف وحده فى ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا أوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضى الى نصب وصى آخر لان رأى الميت باق حياً رأى من يخلفه وعن أبي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصى ماضى بتصرفه وحده بخلاف ما اذا أوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه رأى المثنى كما رضى المتوفى واذا مات الوصى وأوصى الى آخر فهو وصيه فى تركته وتركه الميت الأول عندنا وقال الشافعى لا يكون وصيا فى تركه الميت الأول اعتبارا بالتوكيل فى حالة الحياة والجامع بينهما انه رضى رأيه لا رأى غيره ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الأيضاء الى غيره كالجد الأيرى أن الولاية التى كانت نابتة للوصى تنتقل الى الوصى فى المال والى الجدي فى النفس ثم الجسد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصى وهذا لان الأيضاء اقامة غير مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية فى التركيبين فينزل الثاني منزله فيماولا لانهما استعان به فى ذلك مع علمه أنه قد تعتبره المنية قبل تنهيم مقصوده بنفسه وهو تلافى ما فرط منه صار راضيا بإيضاؤه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حى يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والأيضاء اليه قال (ومقاسمة الوصى الوصى له عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطله) لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به وبصير مغرورا بشراء المورث والوصى خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما فى يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديده ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير فى المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى بدترت فهم (قوله ولانه فى معنى المبادلة لاسماعتدا اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية) أقول لقائل أن يقول ان كان الاقتضاء فى معنى المبادلة كان القضاء أيضا فى معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة انما تتحقق من

غيره أو يوصى الى غيره قال (ومقاسمة الوصى الوصى له عن الورثة جائزة) رجل أوصى الى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقسام الوصى الوصى له نائباً عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة فى المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفى المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصه الورثة فى يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشئ وأما ان كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غائبا فقسام الوصى مع الوارث عن الموصى له فأعطى الورثة حقهم وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان أو كبيرا حاضرا أو غائبا فى المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك فى يد الوصى ما أقره كان

له أن يرجع على الورثة بثلث ما فى أيديهم والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصى بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا ما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه المسئلة ما ذكره فى الكتاب وحاصله أن الورثة والوصى كلاهما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصى خصما عنهم وقائما مقامهم وأما الموصى له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصى مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه فى نفوذ القسمة عليه (وقوله حتى يرد بالعيب) أى فيما اشتراء المورث (ويرد عليه) أى فيما باعه المورث وبصير مغرورا بشراء المورث فانه اذا اشترى جارية ثمن استولدها الوارث ثم استحققت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها المورث من آخر والمسئلة بحالها فان المشتري يرجع على بائعه بدون بائع لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره

(وقوله غير أن الوصى لا يضمن) جواب سؤال تقديره إذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كالتعدي على المال واستهلاكه ووجهه (٤٩٧) الجواب ما قال لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ

في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ وفيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرز للورثة في يده لأن الحفظ انما يتصور في ذلك أمالوسلمه اليهم فالوصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية فان قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه (قال وان كان الميت أوصى بحجة الخ) رجل مات وترك أربعة آلاف درهم وأوصى أن يحج عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصى ألفا ودفعها إلى الذي يحج عنه فسرفت في الطريق قال أبو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم فان سرفت ثانياً يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى هكذا وقال أبو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرفت ثانياً لا يؤخذ مرة أخرى وقال محمد اذا سرفت الألف الأولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

مغروراً بشراء الوصى فلا يكون الوصى خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصى كان له ثلث ما بقي لأن القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصى لا يضمن لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لأن الوصى له شريك الوارث فيتموى ما تولى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال (فان قاسم الورثة وأخذ نصيب الوصى له فضاع رجع الوصى له بثلث ما بقي) لما بينا قال (وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم في الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع في يده) وقال أبو يوسف ان كان مستغفراً للثلث لم يرجع بشئ والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشئ لأن القسمة حق الوصى ولو أفرز الوصى بنفسه ما لا يرجع عنه فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذا اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه ولا يوجب أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لغوات محلها ولا يحنيفة أن القسمة لا ترد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما الجانبين وإذا كان أحدهما مقتضياً كان الآخر قاضياً البتة فلم يزم أن يكون القضاء أيضاً من باب الولاية مع أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل (وقوله غير أن الوصى لا يضمن لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة) قال صاحب العناية فيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرز للورثة في يده لأن الحفظ انما يتصور في ذلك أمالوسلمه اليهم فالوصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية إلى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل لأن مقتضى تحرير ما أثبت للوصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما إذا سلم الوصى ما أفرز للورثة اليهم على الإطلاق أي سواء كان ماسلمه اليهم باقياً في أيديهم أم هالكاً وليس المسئلة كذلك لافي النهاية ولا في غيرها فانه قال في النهاية ثم ان كان ما أعطاه الوصى للورثة باقياً في أيديهم لم كان الوصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما أعطاهم وان كان هالكاً كان الوصى له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصى إلى الورثة ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع فان لم يكن دفع حصة الورثة اليهم حتى هلك الكل في يد الوصى لم يكن للوصى له أن يضمن الوصى شيئاً لبقاء حكم الأمانة في المال فكذا في هلاك قدر نصيبه إلى هذا أشار الامام المحبوبي إلى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط البرهاني فان هلك حصة الوصى له في يد الوصى وبقي نصيب الورثة كان للوصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وان هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الوصى له في يد الوصى أيضاً فما هلك في يد الورثة من حصة الوصى له فالوصى له بالخيار ان شاء ضمن الوصى وان شاء ضمن الوارث انتهى (قوله وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده الخ) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة أي قاسم الوصى الورثة فهلك ما في يده أي ما في يد الحاج فالوصى والحاج مسدول عليهما غير مذكورين ما واقتفى أثره صاحب معراج الدراية أقول ليس هذا الشرح بصحيح اذ لو رجع ضمير ما في يده إلى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاج كما صرح به الشارحان المذكوران لزم أن يكون قوله فيما بعد وكذلك ان دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع من يده مستدر كالمحض كما لا يخفى والصواب أن ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع إلى الوصى فينشد بانتظام المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله الآتي كما ترى (قوله وقال محمد لا يرجع بشئ لأن القسمة حق الوصى ولو أفرز الوصى بنفسه ما لا يرجع عنه فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذلك اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه) قال بعض المتأخرين قلت هذا قياس مع الفارق لأن الوصى غير

(٦٣ - نكمله ثامن) (قوله وفيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرز للورثة في يده) أقول لا يقال هذا بخلاف لما ذكره سابقاً من قوله فأعطى الورثة حقه لأنه لا يندفع بآدنى تأمل

وقوله (ومن أوصى بثلث ألف درهم) واضح على ما ذكره في الكتاب وذكر الامام المحبوبي أن هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن لأن القسمة فيه تميز لا مبادلة حتى ينفرد أحد الشريكين من غير قضاء ولا رضاً ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فأما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذلك قسمته قلت وضع المسئلة في الدراهم لعله إشارة إلى ذلك فأنها بما يوزن وقوله (وإذا باع الوصي عبداً من التركة) ذكره للفرق بينهما وبين ما إذا باع المولى أو وصيه عبده المأنون له المديون بغير محضر من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لأن لغريم العبد هناك حقاً في استسعاء العبد وبعد البيع لا يبقى فكان في البيع إبطال حق

(٤٩٨)

الغرماء فلا ينفذ بغير اجازتهم وأما ههنا فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد إنما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلاً حق الغريم بل يكون محققاً لأن حقه في الدراهم أو الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله (ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء) يعني إذا باع غنم قيمته وقوله (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين) ظاهر وقوله (لأنه ضمنه بقضه) أي لا يعمل آخر يكون للورثة لأن باستحقاق العبدتين بطلان الوصية فلم يكن عاملاً للوصي ولا للورثة وقوله (لأن الرجوع بحكم الوصية) لأن البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية

إذا هلك قبل القسمة فيجوز بثلث ما بقي ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة إذا قابض لها فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كعلا كه قبلها قال (ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفقها للورثة إلى القاضي فقسها أو الموصى له غائب فقسه جائزة) لأن الوصية صحيحة ولهذا الوصية الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً للورثة والقاضي نصب ناظر الأسماء في حق الموتى والغيب ومن النظر أفرار نصيب الغائب وقضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقدها المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال (وإذا باع الوصي عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لأن الوصي قائم مقام الموصى ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وإن كان في مرض موته فكذلك إذا تولى من قام مقامه وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل بالمالية لقواتها إلى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المدين لأن الغرماء حق الاستسعاء وأما ههنا فبخلافه قال (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فباعه في يده فاستحق العبد ضمن الوصي) لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لأن المشتري منه ماضى يبذل الثمن للإسلام له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال (ويرجع فيما ترك الميت) لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يرجع لأنه ضمن بقضه ثم يرجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية وأخذ حكمه ما هو على الوصية الثلث وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لأن في الزامها القاضي تعطيل القضاء إذ يتحاشى عن تقلده هذه الأمانة حذراً عن لزوم الغرامة فتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الوكيل وقدم في كتاب القضاء

ملزم بشئ إذا الرجوع عن الوصية رأساً فلا يلزم من عدم لزوم شئ لهذا عدم لزومه لذلك انتهى أقول ليس هذا بشئ فإن الموصى وإن لم يكن ملزماً بشئ في حال حياته إلا أنه ملزم وصيته بعد مماته فتنفذ من ثلث تركته البتة والمراد بما ذكر في دليل محمد هو أن الموصي لو أفرز بنفسه ما لا يرجع عنه فهلك ذلك المال لا يؤخذ بشئ من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته أصلاً وقد أفصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصي بمنزلة دفع الميت ولو أن الميت هو الذي دفع قبل موته إلى رجل ما لا يرجع عنه ففسق المال لا يؤخذ من تركته مرة أخرى كذلك هذا انتهى فكان ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف في تقرير دليل محمد لا يلزمه شئ أن يكون

تفد من الثلث وقوله (أنه يرجع عليه بحكم الغرور) أي بحكم أن الميت غره بقوله هذا ملكي فإنه لما امره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلاً هذا العبد ملكي فكان الوصي مغروراً من جهته فكان ذلك الضمان ديناً على الميت والدين يقضى من جميع التركة وقوله (وقدم في كتاب القضاء) يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله وإذا باع القاضي أو أمينه عبد الغرماء الخ

(قال المصنف لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه) أقول العهدة استحقاق حقوق تلزم بالعقد وقيل هي نفس العقد لأن العقد والعهد سواء والعهدة التبعية أيضاً غير أن في حقوق العباد المقصود منها المال وفي حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الأداء كذا في كشف البرزوي وذكر في المغرب وقولهم عهده على فلان فعلة بمعنى مفعول ومعناه ما أدرك فيه من درك فاصلاحه عليه

وقوله (فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها أو فاهم يرجع بشئ) أي لأعلى الورثة وأعلى المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع إلا لبيت فصار كما اذا كان على الميت دين آخر وذكر في الذخيرة محالاً إلى المنتقى أن الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا لان غنم تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يجب أن يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير وجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقر يتبع له (وقوله فان قسم الوصي الميراث الخ) ظاهر وكذا قوله (واذا احتال الوصي بمال اليتيم) ولم يذكر ما اذا كان المحيل والمحال عليه سواء في المسألة وذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوز به يحتاج للفرق بينه وبين مالو باع الوصي مال اليتيم على قيمته من (٤٩٩) أحسن فانه جائز على ما يجيء

والفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما الحسالة فليست كذلك بل موازها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالاً بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف فيجب أن يكون هذا أيضاً على ذلك وقوله (ولا يجوز بيع الوصي) واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئاً لنفسه أو باع من اليتيم شيئاً من ماله هل يجوز أو لا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف في أحسن الروايتين عنه

فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها أو فاهم يرجع بشئ كما اذا كان على الميت دين آخر قال (وان قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد يرجع في مال الصغير) لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لا بتفاض القيمة باستحقاق ما أصابه قال (واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيراً لليتيم جاز) وهو أن يكون أملاً اذا لولاه نظرت به وان كان الأول أملاً لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال (ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله) لانه لا ينظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابيه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والأذن فلا الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً في تقييد موضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله (واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لان ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك جلاله على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهراً قال (وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار) لان الأب يبيع ما هو له ولا يملكه فكذلك وصيه فيه

المراد أنه لا يؤخذ من نفس الموصي شيء في حال حياته فوقع فيما وقع (قوله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والأذن فلا الحجر) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانهم يتصرفون بحكم المالكية أي تصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى لان الأذن فلا الحجر فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لان الأذن فلا الحجر بان قال فيه بحث فان الكلام كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب انتهى أقول ليس هذا بوارد اذا لا شك أن المدعي كان عاماً للصبي المأذون والأذن فلا الحجر يصلح أن يكون تعليلاً في حقهما أيضاً أما في حق الصبي المأذون فظاهر لان الأذن في حقه فلا الحجر الثابت له بسبب صباه كما أن الأذن في حق العبد المأذون فلا الحجر الثابت له بسبب رقه كما تقر في كتاب المأذون وأما في حق المكاتب فلانه وان لم يكن مأذوناً صراحة إلا أنه صار مأذوناً في ضمن عقد الكتابة لا محالة فان أداه بدل الكتابة بدون ثبوت الأذن له في الكسب محال والأذن في الشرع فلا الحجر واستقاط الحق لا غير عندنا كما مر في أول كتاب المأذون فلا غبار

وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوي خمسة عشر عشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعداً وعند محمد وعلى أظهر الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز على كل حال (وقوله والصبي المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية) أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى لان الأذن فلا الحجر فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملاً بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن قال (واذا كتب كتاب الشراء على وصي) هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود في تهمته شهادة الزور وهو واضح وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لان ذلك أحوط وقوله (وبيع الوصي على الكبير الغائب) قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغاراً جاز للوصي أن يبيع من تركه الميت

(قوله لان الأذن فلا الحجر) أقول فيه بحث فان الكلام كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب

العروض والعقار على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين أو غيبا وقال المتأخرون انما يجوز الوصي بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفاقه الا من عن العقار أو يكون للصغير حاجة للميت العقار أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبه لانهم اذا كانوا حاضرا ليس للوصي التصرف في التركة أصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين أو وصي بوصية ولم يقبض الورثة الديون ولم ينفذ الوصية من ماله من ماله فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محيطا أو بمقدار الدين ان لم يحيط وله بيع ما زاد على الدين أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما وتنفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله (لان الاب يلى ماسواه) دليل المسئلة وهو واضح ولكن هـ هذا المذكور حكم المسئلة اذ لم يكن على التركة دين مستغرق فان كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مأمورا بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما قال في منع بيع الزيادة ان جواز الحاجة ولا حاجة الى بيع الزائدة فلا يجوز واستحسن أبو حنيفة فقال الولاية ههنا بسبب الوصاية وهي لا تجوز اثنى ثبت له الولاية في بيع البعض ثبت في الباقي ولان في بيع البعض اضرارا لتعيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم والوصي ولاية ذلك في نصيب

(٥٠٠)

الكبير ألا يرى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لمافيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب واذا كانوا صغارا بعقوبه فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها أن الكبار اذا كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فالوصي يبيع المنقول بالاجماع وبيع حصه الصغار من العقار وأما بيع حصه الكبار منه فله على الخلاف الذي

وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا أنا استحسننا لما أنه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو علك الحفظ أما العقار فخص بنفسه قال (ولا يتجر في المال) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي المم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم

في التعليل المزبور (قوله وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه يملكه الاب على الكبير) قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقص لقوله لان الاب يلى ماسواه وينقص عنه بأن الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى أقول ما ذكره في وجه التنقيص عن التناقص ليس بنام لان الوصي أيضا لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا أنه كان القياس أن لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر أيضا كما هو الظاهر من السياق والسباق فلهذا لم يرد أن يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير أي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضا وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور في وجه التنقيص عن التناقص كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس أن لا يملكه الوصي بالولاية الحقيقية وهو يشعر بأن يكون ذلك القياس متروكا مع أنه لم يترك قط اذ لم يقل أحد بان الوصي يملكه على الكبير بالولاية

قال

مر وان اشغلت دين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا وغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حاضرا وكانت التركة خالصة عن الدين يبيع حصه الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصه الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف وقوله (ولا يتجر في المال) ظاهر وقوله (وهذا الجواب في تركة هؤلاء) يعني الاخ والام والم وانما قيد بتركة هؤلاء لان وصي هؤلاء فيما تركه الاب ليس كوصي الاب في الكبير الغائب فان وصي الام لا يملك على الصغير يبيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قائم مقام الام والام حال حياتها لا يملك يبيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالى عنه فكذلك وصيها وأما ما ورثه الصغير من الام فالوصي يبيع المنقول دون العقار لانه ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذ لم يكن على التركة دين أو وصية أما اذا كان دين فان كان مستغرقا فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه كما لولاية الام على الصغير في المال فكذلك الولاية للاخ والعم عليه

(قال المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير) أقول يناقض ظاهره لقوله لان الاب يلى ماسواه وينقص عنه بأن الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر كذا في الكفاية ولا يوافق قوله ولا يليه

قال (والوصى أحق بعمال الصغير من الجسد) وقال الشافعي الجسد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكأن ولاية قائمه معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لأن اختياره الوصى مع علمه بقيام الجسد على أن تصرفه أنظر لبنيته من تصرف أبيه (فإن لم يوص الاب فالجسد بمنزلة الاب) لانه أقرب الناس اليه وأشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصى غير أنه يقدم عليه وصى الاب في التصرف لما بيناه

فصل في الشهادة قال (وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى الى فلان معهما فالشهادة باطله) لانهم ماتهمان فيها لاتباعهما معينا لانفسهما قال (الأن يدعيها المشهود له) وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصى ابتداء أو ضم آخر اليه ما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي

الحقيقية فالوجه في تقريره هذا المحل ما ذكره الامام الزيلعي في التبيين حيث قال وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا ولا الاب كالأب على الكسب الحاضر الآن لما كان فيه حفظ ماله جازا استحسانا فليسا يفسد اليه الفساد لان حفظ ماله يسر وهو يملك الحفظ فكذلك وصيه وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع انتهى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال ولا يوافق قوله ولا يليه انتهى أقول هذا سقط اذ لا نسلم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يلي الاب العقار كما يلي غيره اذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطنة

فصل الشهادة في الوصية قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها بها انتهى واقتنى أثره صاحب العناية بقلعه أقول ليس ذلك بسد لان الذي لا يختص بالوصية إنما هو مطلق الشهادة وأما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعاً فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التأخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وإنما أخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصلية لان الأصل عدم العارض انتهى (قوله وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصى ابتداء أو ضم آخر اليه ما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وإن كان لا يحتاج الى نصب الوصى لكن الموصى اليه ما متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبر لنا في هذا المال الا بالثالث فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصى وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا كذا ذكره الامام المحمدي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية واقتنى أثر ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية أقول كل من السؤال والجواب منظور فيه عندي أما السؤال فلا انحاده أصلاً فان الوصيين اللذين نصبهما الميت اذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فالقاضي أن يضم اليهما وصياً آخر بلا ريب كما تقر في أوائل باب الوصى وما عدا ذلك واذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضي أن يضم اليهما الآخر ورضي به الاخر فله أيضاً أن يضم اليهما الاخر كما صرح به في كثير من المعتمرات وأشار اليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر اليه ما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سأل من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصياً معهما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهما في ذلك انتهى ثم ان هذا حال الضم الى الوصيين

وقوله (والوصى أحق بعمال الصغير من الجسد الخ) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الاب اليه الخ

فصل في الشهادة

قال في النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها بها وقوله (وإذا شهد الوصيان) ظاهر وقوله (وجه الاستحسان الخ) اعترض عليه بأنه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصياً آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت فيه الشبهة وأجيب بأن القاضي وإن كان لا يحتاج الى نصب الوصى لكن الموصى اليه ما متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبر لنا في هذا المال الا بالثالث فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصى وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي

وقوله (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجيران الى أنفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشئ من مال الميت أو غيره شهدا بباطلة) لانهما يظهرا ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال (وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجزوا ان كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقالوا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحقق التهمة

أربعة أوجه الأول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالف مرضلة أو بثلاث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخره وأن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرضلة أو بثلاث المال ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة لما ثبتت فيه التهمة لا تقبل فيه الشهادة وهو الثاني والرابع ومالم تثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب

(قوله معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة باطله) أقول يعني أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل في عطف قوله تعالى ولا يستأخرون

قال (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجيران الى أنفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشئ من مال الميت أو غيره شهدا بباطلة) لانهما يظهرا ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال (وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجزوا ان كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقالوا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحقق التهمة

مطلقاً وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعبرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا رتب شهادتهما ضم القاضي اليهما الثالثان في ضمن شهادتهما اقراراً منهما بوصى آخر معهما للميت واقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتكذبان من التصرف بعد ذلك بدونه فصارت حجة ما عجزت ما لو مات أحد الوصياء الثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في صورة قبول شهادتهما وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم اليهما الثالث على ما بينا أن نفاً يسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصييهما بنصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلاً آخر سوى المشهود عليه من مشايخنا من قال ما ذكر أنه يدخل معهما الثالث قول أبي حنيفة ومحمد وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما الثالث ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعاً وهو الظاهر فانه لم يتحدث فيه خلافاً وان صدقهما وقال لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما الثالث بخلاف ما لو قبل ثم أي فانه لا يعمل رده وابطأه الى هنا لفظ المحيط وأما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم يكن ثم وصى بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ لا تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا وأيضاً القاضي يحتاج هناك الى نصب الوصي وهنا لا يحتاج اليه في زعم المحيط فأين هذا من ذلك وبجور المشابهة في جهة لا يصح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعى أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر انتهى أقول هذا ليس بشئ لأن شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وإيجابه لا في إسقاط شيء كونه التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما أشار اليه المصنف بقوله فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكم من شيء يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في اثبات كالاتعجاب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضاً كذلك فيترتب عليها أثر الدفع ولقد أفصح عنه صاحب الغاية هنا حيث قال وجه الاستحسان أن القاضي ملأ نصب الوصي اذا كان طالباً بالموت معروفاً فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما أسقطت عنه مؤنة التعيين ومثاله أن القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصاء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى (قوله وكذلك الابنان) قال الشراح قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطله اه أقول تفسير المصنف قوله وكذلك الابنان بقوله معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر بقتضى أيضاً بظاهاً أن يكون قوله وكذلك الابنان معطوفاً على قوله فالشهادة باطله لان الحكم في صورة الانكار بطلان الشهادة لا غير لكن لم يظهر لي ما دعاهم الى جعل قوله وكذلك الابنان معطوفاً على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني أيضاً وزيادة الافادة اذ بصير المعنى انذاك وكذلك حكم شهادة الابنين في صورة أن ينكر المشهود له ما شهد به وفي صورة أن يدعيه فان شهادتهما

بمخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت أقامه مقام نفسه في تركته
لا في غيرها قال (واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل
ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبي
حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تقبل في الدين أيضا وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف
وعن أبي يوسف مثل قول محمد وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا
شركة ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للأخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت
يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا الواستوفي أحدهما حقه من التركة يشاركه الاخر فيه
فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحقق التهمة بخلاف حال حياة المدين لانه في الذمة لبقائها
لا في المال فلا تتحقق الشركة قال (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بحاربه وشهد المشهود
لهما أن الميت أوصى الشاهدين بعده جازت الشهادة بالاتفاق) لانه لا شركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه
أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة
وكذا اذا شهدا الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى
للاولين بثلث ماله فهي باطلة) لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

تبطل في الصورة الاولى وتقبل في الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فان جواب مسألة
شهادة الاثنين كجواب مسألة شهادة الوصيين في صورتين معا كما صرح به في عامة الكتب وأما اذا
جعل قوله وكذلك الابن ان معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم أن تكون إحدى صورتين مسألة
شهادة الاثنين متروكة البيان في الكتاب بالكلية من غير ضرورة ولا يخفى ما فيه فالحق عندي أنه معطوف
على المجموع لا محالة (قوله بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان
الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل يقتضي أن تجوز
شهادتهم ما لو ارت صغير أيضا في غير تركة الميت عند أبي حنيفة لجر بانه بعينه هناك أيضا مع أن عدم
جواز شهادتهم ما لو ارت صغير بشئ من تركة الميت وغيرها متفق عليه كما مر في الكتاب آنفا فليتأمل
في الدفع (قوله واذا شهد رجلان لرجلين على ميت الى آخر الفصل) قال في العناية جنس هذه
المسائل أربعة أوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو
الشهادة بالوصية بخلاف رضاء من التركة كالشهادة بألف مرسل أو بثلث المال والثالث ما اتفقوا
على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بحاربه ويشهد المشهود لهما للشاهدين بدين بوصية عبد والرابع
وهو المذكور في الكتاب آخرها وأن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسل
أو بثلث المال وبني ذلك كله على تهمة الشركة فثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني
والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كما في الثالث على ما ذكر في الكتاب وأما الوجه الاول فقد وقع
الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا انتهى أقول تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل لانه ان أراد
بالوجه الاقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير أحدها ما اتفقوا على جوازه وثانها ما اتفقوا على عدم
جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وماعده وجهها ريعا داخل في القسم الثاني لا محالة وان أراد بها الامثلة
فهي خمسة لا أربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين منها وجه واحد اعلى أن
قوله الاول ما اختلفوا فيه والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد
كون مراده بالوجه هو الامثلة بل يقتضي كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان
صاحبي النهاية والكفاية وان ذهبوا أيضا الى كون الوجه في جنس هذه المسائل الاربعة الا أن تقريرهما
لا ينافي كون المراد بالوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول كما ينافيه تقرير

وأما الوجه الاول فقد وقع
الاختلاف فيه بناء على ذلك
أضاف وجه القبول وهو
الذي ثبت عليه الامام محمد
ولم يطرأ أن الدين يجب في
الذمة وهي قابلة لحقوق
شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع
أجنبي بقضاء دين أحدهما
ليس للأخر حق المشاركة
ووجه الرد أن الدين بالموت
يتعلق بالتركة لخراب الذمة
به ولهذا الواستوفي أحدهما
حقه من التركة شاركة
الاخر فيه فكانت الشهادة
مثبتة حق الشركة فتحقق
التهمة بخلاف حال حياة
المدين لانه في الذمة
لبقائها لا في المال فلا
تتحقق الشركة

﴿ كتاب الخنثى ﴾

﴿ فصل في بيانه ﴾ قال (واذا كان للولد فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكور فهو

﴿ كتاب الخنثى ﴾

﴿ فصل في بيانه ﴾

لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب أن تركب الخنث بدل على لين وتكسر ومنه الخنث وتخت في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء في وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنث وفصل في أحكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لافي الاجال (قال واذا كان الخنث أي قال القدوري اذا كان للولد فرج وذكر فهو خنثى والتظاهر أن الواو الواقعة في أول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر

﴿ كتاب الخنثى ﴾

قال في النهاية لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة في المبال من آقي النساء والرجال شرع في بيان أحكام من له آتان فيه وقدم ذكر الاول لما أن الواحد قبل الاثنين أو لان الاول هو الاعم والاعلم وهذا كالتأدي فيه انتهى أقول فيه بحث أما أول فلان ما ذكر في الكتب السالفة من الأحكام ليس بخصوص من له آلة واحدة بل بعم من له آلة واحدة ومن له آتان ألا يرى أن الأحكام المارة في كتاب الوصايا ماثلا جارية بأمرها في حق الخنثى أيضا وكذلك الحال في أحكام سائر الكتب المقدمة كلها أو كلها فاما معنى قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له آتان وأما ثانيا فلان قوله شرع في بيان أحكام من له آتان ليس بتمام ادب جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لأحكامه حيث قال فصل في بيانه ثم قال فصل في أحكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آتان لافي بيان أحكامه وانما ذكر أحكامه في الفصل الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صرح أن يقال شرع في أحكامه أيضا بتأويل تام فاما معنى تخصيص الشروع بالتاني في قوله شرع في بيان حكم من له آتان ويمكن التوجيه بعناية فتأمل وقال في العناية لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود انتهى أقول يتجه عليه أيضا ما ذكرناه أنفام من البحث الاول بل بعض البحث الثاني أيضا فتأمل وقال في غاية البيان آخر كتاب الخنثى لوقوعه فادر الان الاصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة اما آلة الرجل واما آلة الأنثى واجتماع الاثنين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وأخره عن سائر الكتب لندرة وقلة الاحتياج الى بيانه اه أقول هذا جيد الاقوله وقلة الاحتياج الى بيانه فان ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعناد يكون أحوج الى البيان لكونه بعيدا عن الأذهان موقوفه على أمر خفي وعن هذا قال في النهاية ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الالهام في البيان وان ندر وجوده في الا زمان

﴿ فصل في بيانه ﴾ قال صاحب العناية فان قبل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار

وقوله (فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح) وجه الدلالة أن الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة ومنفعة هاتين الآتين عند الانفصال من الأم ليست الخروج البول منهما وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرضا أن المنفعة الأصلية للآلة كونها مبالا فإذا بال من أحدهما عرف أن الآلة التي هي للفصل في حقه هذه والاخر زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهرا وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النساء فهو امرأة وان لم يظهر شيء أو تعارضت الاملاات فهو خنثى مشكل وهذا يرفع ما يقال لاشكال بعد البلوغ الا اذا ريد به الغالب

فصل في أحكامه

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل أحكامه فقال (الأصل في الخنثى المشكل) ولم يقل المشكلة لانه لما لم يعلم تذكيره وتأنينه والأصل هو الذكرا لان حواء خلقت من ضلع آدم اعتبره

غلام وان كان يبول من الفرج فهو أنثى) لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يوزن فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب (وان بال منهما فالحكم للاسبق) لان ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي (وان كان في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أي خبيلة وقال ينسب الى أكثرهما بولا) لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا أصليا ولان لاكثر حكم الكل في أصول الشرع فيسترجع بالكثرة وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال (واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل الى النساء فهو رجل) وكذا اذا احتلم كاحتلم الرجل أو كان له ثدى مستولا ن هذه من علامات الذكرا (ولو ظهر له ثدى كشدي المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبلى أو أمكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة) لان هذه من علامات النساء (وان لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل) وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في أحكامه قال رضي الله عنه الأصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالاحوط والاثق في أمور الدين وأن لا يحكم بشئ من حكم وقع الشك في ثبوته قال (واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته

فوع مغايرة بينهما وهنالم يتقدم شئ فواجهه ذكر الفصل ثلث كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرنا فاما هو في وقوعه في التفصيل لافي الاجمال اه وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب ولك أن تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عرفت الثانية بالفصل كما هو المعتاد كان ذلك في قوة تعنون الاولى به أيضا وان لم يصرح به في العادة لكن صرح به هنا اشارة في أول الوهلة الى أن هنا فصلا آخر يذكروا بعيد وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه فتأمل انتهى أقول هذا كلام خارج عن سنن السداد أما أولا فلان الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر تقدم عليه لا لقطعه من شئ آخر مطلقا وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله وهنالم يتقدم شئ فواجهه ذكر الفصل فاستلزم انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الاخرى عن الاولى انما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقا في الاولى لا لتحقيق الانفصال عما تقدم في الاولى أيضا كالأجنبي والفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب وأما ثانيا فلانه كيف يحصل بالتصريح بالفصل هنا الاشارة في أول الوهلة الى أن هنا فصلا آخر يذكروا بعيد وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه لا يقتضي ذكر فصل آخر في اللغة ولا في العرف والالزام أن يقتضي ذكر فصل في أحكامه ذكر فصل آخر أيضا بعيد ولم يذكروا بعده فصل آخر قطعاً وعن هذا تراهم يذكرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر أصلا

فصل في أحكامه أي في أحكام الخنثى المشكل وهو الذي لم تظهر فيه إحدى العلامات وتعارضت العلامات لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل (قوله واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) هذا اللفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليقه (لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته) أقول في تحريره هذا التعليق نوع خلل لان قوله ولا

اعادة الصلاة ولم يقل بالوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات أولى لأن المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم فلا وهم أحب له أن يعيد الصلاة فان قيل الخشني اذا كان مراهما فلا اعادة عليه وان أنفسها فان كان بالغاً فلا اعادة واجبة لانه ان كان ذكراً وجب الاعادة وان كان انثى لا يلزمه فتجب احتياطاً فما وجه قوله أحب الى أن يعيد أجيب بان مراده اذا كان مراهما فالاعادة مستحبة تخلفاً واعتياداً وما اذا كان بالغاً فالاعادة واجبة كذا في الذخيرة فعلى هذا التقدير تكون اعادته من على عينه وبساره وخلفه وبخلافه اذا قام في صف الرجال واجبة لكن ذكر في المبسوط أن المراد بالاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بناه أن محاذاة الرجل المرأة في حقهم موهوم وقوله (وأحب البنات أن يصلي بقناع) يعني اذا كان مراهما وأما اذا بلغ بالسن فذلك واجب وقوله (وهو على الاستحباب) يعني اذا كان غير بالغ وأما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال أو النساء فالاعادة واجبة وقوله (لانه يباح له لو كره النظر اليه

(فان قام في صف النساء فأحب الى أن يعيد صلاته) لاحتمال أنه رجل (وان قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن عينه وعن يساره والذي خلفه بمحاذاة صلاتهم - احتياطاً) لاحتمال أنه امرأة قال (وأحب البنات أن يصلي بقناع) لانه يحتمل أنه امرأة (ويجلس في صلاته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً لأن الستر على النساء واجب ما أمكن (وان صلى بغير قناع أمرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد أجزاءه (وتباعد أمة تحتنه ان كان له مال) لانه يباح له لو كره النظر اليه النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال أنه امرأة لانه معطوف فيلزم أن يكون قوله ولا النساء متفرعاً أيضاً على قوله لاحتمال أنه امرأة لأن المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال ولا النساء ولا شك أنه لا معنى لتفرع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال أنه امرأة ذلك لأن تأثير لاحتمال أنه امرأة في عدم تخلله النساء بل مجرد احتمال أنه امرأة مما يجوز تخلله النساء وانما التأثير في عدم تخلله النساء لاحتمال أنه رجل وكان صاحب الكافي ذاق هذه الشبهة فغير يحقر بالمصنف في التعليل حيث قال وان وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال أنه امرأة ولا يتخلل النساء حتى تفسد صلاته لاحتمال أنه رجل انتهى (قوله فان قام في صف النساء فأحب الى أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) هذا لفظ محمد في الاصل قال جمهور الشراح انما قال باستحباب اعادة الصلاة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لأن المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم فلهن وهم أحب له أن يعيد الصلاة انتهى وعزاه في النهاية والكفاية الى المبسوط أقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذي فطانة أن كون المفسد موهوماً لا يرفع وجوب اعادة الصلاة عند تقرر كون الاخذ بالاحتياط واجباً في باب العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضي الاحتراز عن الموهوم أيضاً فالظاهر عندى ما ذكر في الذخيرة ونقله الشراح هنا عنهم هو أن قوله فأحب الى أن يعيد صلاته فيما اذا كان الخشني المشكل مراهما فان الاعادة مستحبة في حقه تخلفاً واعتياداً وأما اذا كان بالغاً فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكراً كان عليه الاعادة وان كان انثى لم تلزمه الاعادة فتجب الاعادة احتياطاً على ما هو الحكم في باب العبادات (قوله ويجلس في صلاته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً لأن الستر على النساء واجب ما أمكن) أقول في هذا التعليل كلام وهو أنه ان أراد بقوله وهو جائز في الجملة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكروه وان أراد به أنه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث قال وهو جائز في الجملة عند العذر وكما صرح به في المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر هنا حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من أين الاعتذار انتهى فهو مسلم لكن يرد حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً أن يقال ارتكاب المكروه أيضاً جائز عند العذر واشتباه الحال من أين الاعتذار في الجملة انما هو في جلوسه جلوس المرأة فتأمل في الدفع (قوله) وتباعد أمة تحتنه ان كان له مال لانه يباح له لو كره النظر اليه رجلاً كان أو امرأة) قال صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحاً في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة لأن الامه لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها مطلقاً لانه ذكر في استحباب المبسوط أن للامه أن تنظر الى مولاتها كالأجنبيات فعلم بهذا أنه لا تأثير للآل في اباحة النظر الى سيدتها والاولى في التعليل هنا ما ذكر في المبسوط والذخيرة فقال لانه متى اشترى الولي جارية للعتق فانه يملكها الخشني ثم ان كان

وجلا كان أو امرأة) قيل فيه نظرا لأنه وإن كان صحيحا في حق الرجل لكنه فاسد في حق المرأة لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها بل لها أن تنظر من مولاتها إلى مالها أن تنظر إليه من الاجنبيات والصواب في التعليل وإن كان أنى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وهو أحق منه إلى خلاف الجنس فليس للثلاث تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها فإن قيل فلوزوجه المولى امرأة بغير يسر أغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير أجيب بأن محمد الم يقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح ما لم يتبين أمره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لأن الخنثى إن كان امرأة فهذا نظر الجنس إلى الجنس ولنكاح لغروان كان ذلك رافعا ونظر المنكوحه إلى زوجها (٥٠٧) وقوله وبكره له في حياته ليس

الحرير) قيل لا فائدة لقوله
في حياته فإنه لا لبس بعد
المسوت وإنما هو باللبس
فكان معناه مفهوما من
قوله لبس وهو مناقشة
سهلة لأنه ليس كل ما يدكر
في السرايب يكون قيدا
للإخراج لجواز أن يكون
بعضها بيانا للواقع وإنما
كره ذلك لأن لبس الحرير
حرام على الرجال دون النساء
وحاله لم يتبين بعد فبوخذ
بالاحتياط فإن الاحتجاب
عن الحرام فرض والاقدام
على المباح مباح فيكره
اللبس حذرا عن الوقوع في
الحرام وقوله (وأن يتكشف
قدام الرجال أو قدام
النساء) يعني إذا كان
مراهاقا والمراد بالتكشاف
هو أن يكون في أزار واحد
لا بداء موضع العورة لأن
ذلك لا يحل لغير الأنثى أيضا
وهذه المسئلة تدل على أن
نظر المرأة إلى المرأة كنظر
الرجل إلى ذوات محارمه
لا كنظر الرجل إلى الرجل
لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجازله التكشف للنساء في أزار واحد

رجلا كان أو امرأة وبكره أن يحسنه رجل لأنه عساه أنى وأحسنه امرأة لأنه لعله رجل فكان الاحتياط
فما قلنا (وإن لم يكن له مال ابتاع له الامام أمة من بيت المال) لأنه أعد لنواب المسلمين (فإذا اختنته
بأعماها وردت في بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (وبكره له في حياته لبس الحلى والحرير وأن يتكشف
قدام الرجال أو قدام النساء)

الخنثى ذكرنا فلهذا نظر المملوكة إلى مال كهاوان كان الخنثى أنى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وأنه مباح
حالة العذر فعملهم هذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنى باعتبار أن نظر الجنس إلى
الجنس أخف من نظره إلى خلاف الجنس لأن يكون للثلاث تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها إلى
هنا لفظ النهاية وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف وفيه
نظر لأن ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر ولهذا ألوا أصاب المرأة فخرج أو جرح في موضع لا يحل
النظر إليه ندأ به المرأة وكذا نظر القابلة إلى فرج المرأة وقت الولادة يحل فإذا جاز النظر بالعذر فاقامة
السنة أيضا عذر جازلها أن تنظر إلى فرجها انتهى أقول نظره ساقط إذ بشر في جواز النظر بالعذر إلى
موضع العورة من الأمة المرأة والحرة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للثلاث تأثير في إباحة نظر المملوكة
إلى سيدتها أصلا وتعليل المصنف بقوله لأنه يباح لمملوكة النظر إليه رجلا كان أو امرأة يشعر
لإحالة بتأثير الملك في إباحة النظر إلى سيدتها كتأثيره في إباحة النظر إلى سيدتها فإفترده عليه ما قاله صاحب
النهاية من أن هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة وعن هذا أمضاء جماعة من الشراح منهم
صاحب العناية وقال صاحب الكافي في التعليل لأنه يباح لمملوكة النظر إلى ذكراه أن كان رجلا
(قوله وبكره له في حياته لبس الحلى والحرير) قال صاحب النهاية وليس في قيد قوله في حياته زيادة
فائدة لأن الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة لما أن بعد الموت لو وجد
ذلك اللباس لا لبس والكراهة بعد الموت لللبس لا للثلاث وقد اتقى أثره صاحب الكفاية ومعراج
الغزاية وقصد صاحب العناية رد ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لأنه ليس كل ما يدكر في السرايب
يكون قيد للإخراج لجواز أن يكون بعضها بيانا للواقع انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن حاصل
دخل صاحب النهاية أن قوله في حياته قيد مستدرك لأفائدة قيه هنا لانتهام معناه عما ذكر فيما قبله
وما بعده ولا ذهب عليه أن كونه بيانا للواقع لا يدفع استدراكه وعدم الفائدة في ذكراه إذا كان
الواقع ميبنا بدونه فالوجه في الاعتذار عن ذكره ما ذكره هؤلاء الشراح أنفسهم حيث قالوا الآن
المصنف تسع في ذلك لفظ المسوط وإنما وقع في لفظ المسوط ذلك لأنه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر
تكفين الخنثى إذا مات فكان ذكر الحياة هناك لتبيين المقابلة لا للتقيد انتهى (قوله وأن يتكشف قدام
الرجال أو قدام النساء) قال جمهور الشراح وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل

(قوله قيل فيه نظره إلى قوله فليس للثلاث تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها) أقول نعم الأمر كما قال وقد مر تفصيله في كتاب
الكراهية في مسائل النظر لأنه يمكن أن يحجب عنه بأن مراد المصنف من قوله لأنه يباح للمملوكة النظر إليه رجلا كان أو امرأة
إباحة النظر لسيدتها مطلقا وليس بينهما بالضرورة فينتدب دفع الإشكال بالكلية (قوله يعني إذا كان مراهاقا إلى قوله لأن ذلك لا يحل
لغير الخنثى أيضا) أقول إذا كان الكلام في المراهق فافعله لا توصف بالحلى والحرمه

وقوله (وأن يخلو به) أي يكره أن يخلو به (غير محرم من رجل أو امرأة) أقوله صلى الله عليه وسلم ألا يخلون رجل بامرأة ليس منها سبيل فان نالتهما الشيطان وأمره في ذلك محتمل نظر إلى حاله وقوله (لا علم لي في لباسه) يعني لاشتبه حاله وعدم المرحم وقول محمد ظاهر وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لان الخنث لا يثبت بالشك وقوله (وان قال بالقولين) يعني أن يقول كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر وقوله (لانه ليس بمحمل) يعني أنه في الواقع ليس بمحمل عن أحد الخالين وقوله (لانه دعوى يخالف قضية الدليل) لانه يقتضي بقاء الاشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما لم يعلم به غيره وقوله (ينبغي أن يقبل انما قال بلفظ ينبغي لان حكمه غير مذكور فلم يتحقق به) وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء أي غسل الرجل (٥٠٨) المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع فان لنظر إلى العورة حرام والحرمه لم تنكشف بالموت

وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال) بوقيان احتمال المحرم (وان أحرم وقد راق قال أبو يوسف لا علم لي في لباسه) لانه ان كان ذلك كرايكرمه ليس الخيط وان كان أنني يكرمه تركه (وقال محمد ليس لباس المرأة) لان تركه ليس الخيط وهو امر أمأش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق ان كان أول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى) لان الخنث لا يثبت بالشك (ولو قال كل عبد لي حراً وقال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يقع حتى يستبين أمره) لما قلنا (وان قال القولين جميعا عتق) للثيق باحد الوصفين لانه ليس بمحمل (وان قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا) لانه دعوى يخالف قضية الدليل (وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله) لانه أعلم بحاله من غيره (وان مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمه وييم بالصعيد) لتعذر الغسل (ولا يحضران كان مرأها غاسل رجل ولا امرأة) لاحتمال أنه ذكراً أو أنثى (وان سجد قبره فهو أحب) لانه ان كان أنني يقيم واجبا وان كان ذكراً فالتسجيه لا تنضره (واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل ممالي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال أنه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) لاحتمال أنه امرأة

الذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لحاز الخنثى التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضا ولكن المراد أن يكون في ازار واحد انتهى وهكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كانه لا صاحب الغاية أقول ليس هذا بناء عندى اذ على تقدير كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل على ما هو الاصح من الروايتين كائن على المصنف في كتاب الكراهية يصح الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز أن يتكشف للنساء أيضا بناء على رواية كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى الذوات محارمه كاذكرها المصنف في كتاب الكراهية نقلا عن كتاب الخنثى من الاصل اذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا كالأبجوزة التكشف للرجال لاحتمال كونه امرأة فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل لجواز أن يكون مبناها كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى الذوات محارمه لا كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الذوات محارمه كإزاء وتبصر (قوله وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله لانه أعلم بحاله من غيره) قال صاحب الغاية وفي هذا التعليل نظر لانه انما

الآن نظر الجنس إلى الجنس أخف فلاجل الضرورة أيج نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب شعورته فان كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فييم بالصعيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فانه ييم بالصعيد مع الخرقه ان ييم الاجنبي وبغيرها ان كان ذارحم محرم من الميت وينظر الميم إلى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأه ولا يشترى جارية للغسل كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشرع غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحياة وله أهلية المالكية فيما وقوله (وضع الرجل ممالي الامام والخنثى خلفه) يعني اعتبارا بحال الحياة لانه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان في القرب من الامام بعد درجة فكذلك في حال المات والاصل فيه قوله صلى الله

عليه وسلم ليليني منكم أولوا الاحلام والنهي (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) يعني يقدم (ويجعل الرجل إلى جانب القبلة لان جهتها أشرف فالرجل للتقريب اليه أولى وقد جاء في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم

(قال المصنف لم يقبل قوله اذا كان مشكلا إلى قوله فان لم يكن مشكلا الخ) أقول يعني ان علم الاشكال أولم يعلم الاشكال (قال المصنف لانه أعلم بحاله من غيره) أقول قال الاتقاي وفيه نظر لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى وجوابه أن المراد اذا لم يعلم كونه مشكلا كما أشرنا إليه فافهم

أخذ القرآن جانب القبة (ويجعل بينهما حاجز من صعيد) ليصير ذلك في حكم قبرين وقوله (وان جعل على السرير نعش المرأة) النعش شبه المحفة مستنداً يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنائز وقد تقدم في كتاب الصلاة وقوله (وان كان ذلك كرافق زادوا على الثلاث) فلا بذلك بأس لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضائرة كفاي حال الحياة فان للرجل أن يلبس حال حياته أزيد على الثلاثة وأما اذا كان أنثى كان في الاقتصاد على الثلاثة ترك السنة فان السنة في كفنها خمسة أثواب (قال ولومات أبوه وخلف ابنا) اعلم ان الشيخ بالحسن القدوري ذكر قول محمد مع أبي يوسف وكذلك أثبت المصنف في الكتاب وكذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادى وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبي حنيفة ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي في عدم فسرته على وجهه ولم يأخذ به وأبو يوسف فسرته على وجهه ولم يأخذ به وهو أن يجعل المسئلة على سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه آخر وهو نفسه يريد محمد أن يجعل على اثني عشر وأخذ به وكان قول أبي يوسف أولاً كقول أبي حنيفة ومحمد فنقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات أبو الخنثى وترك ابناً فإلما ليهما ما أثلاً ناعند أبي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث الآن يتبين غير ذلك أى غير كونه أنثى لظهور إحدى علامات المذكور بلا معارض (٥٠٩) فينبغي اعتبار ذكر أوقال للخنثى نصف ميراث

ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والتوري وهو مذهب ابن عباس واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهم للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة ارباع نصيب ابن فيضرب

(ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى) لاحتمال أنه رجل (وان جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب الى) لاحتمال أنه عورة (ويكفن كالكفن الجارية وهو أحب الى) يعنى يكفن في خمسة أثواب لانه اذا كان أنثى فقد أقيمت سنة وان كان ذكر كرافق زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك (ولومات أبوه وخلف ابنا فإلما ليهما ما أثلاً ناعند أبي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث الآن يتبين غير ذلك) وقال للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهم للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكر يكون المال بينهما نصفين وان كان أنثى يكون المال بينهما ما أثلاً ناعندنا الى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة وفي حال يكون أثلاً ناعند الخنثى سهمان والابن أربعة فسهما للخنثى نائبان يبقين ووقع الشك في السهم الزائد فينصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولا يخيصة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء

لا يكون مشكلاً اذا ظهرت فيه إحدى العلامات فعند ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى أقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فان مراده بقوله وان لم يكن مشكلاً وان لم يعلم أنه مشكلاً لا علم أنه ليس بمشكلاً لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلاً اذا كان قد علم أنه مشكلاً كما صرح به الشارح المذكور نقلاً عن الحاكم الشهيد ويدل عليه أيضاً قول المصنف في

مخرج الربع وهو أربعة في سهم وثلاثة ارباع سهم يحصل سبعة فالخنثى ثلاثة وللابن أربعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكر كان المال بينهما نصفين وان كان أنثى أثلاً ناعندنا الى حساب له نصف وثلث صحيح وأقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة أسهم وفي حال أثلاً ناعندنا للخنثى وأربعة للابن فسهما للخنثى نائبان يبقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فينصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصفي فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وفي تأخير قول محمد اشارة من المصنف الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقسيم نصيبه وما ذهب اليه محمد أقل مما ذهب اليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهماً وطريق معرفته أن تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما ما يبلغ المجموع أربعة وثمانين ثم اضرب بحصة من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثى منه ثلاثة فاضرب به في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين واضرب بحصة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة والخنثى منه خمسة فاضرب به في سبعة يكون خمسة وثلاثين فظهر أن التقاوت بسهم من أربعة وثمانين كذا أفاده الامام جليل الدين (ولا يخيصة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء) لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الانوثة ولا شيء منهما معلوم واثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن

(و الاقل وهو ميراث الانثى متيقن به) فأوجبناه كما إذا كان اثباته بطريق آخر فانه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك الى أن يقوم الدليل على الزائد فان من قال لقائل على دراهم يحكم له بالتلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد لتكون الأول متيقنا به دون الزائدة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهة وقعت في القسمة بقاء فلا يمنع الوجوب لأننا نقول ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه المذكورة والألوة ولا شيء منها متيقن به فيما نحن فيه وقوله (الأن يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا) استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لأن المال ابتداء لا يجب بالذكور لأن نصيب الانثى ان قدرناه ذكرًا خنثى يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن يكون (٥٩٠) زواجا وأما واختالاب وأم هي خنثى فان قدرنا الخنثى أنثى كالمزوج النصف

والام الثلث والخنثى النصف والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فأنبنا المتيقن قصر عليه لان المال لا يجب بالذكور وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هذا لأن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا خنثى يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن تكون الورثة زوجا وأما واختالاب وأم هي خنثى أو امرأة وأخوين لام واختالاب وأم هي خنثى فعندنا في الأولى للزوج النصف وللأم الثلث والباقى للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين لام الثلث والباقى للخنثى لانه أقل النصيبين فيهما

تعليل ذلك لانه دعوى تخالف قضية الدليل فان تخالفة دعواه قضية الدليل انما يتصور فيما إذا كان قد علم انه مشكل فاذا كان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل يكون معنى قوله هنا وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم انه مشكل لانه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعا اذ لا يلزم من أن لا يعلم انه مشكل أن يعلم انه ليس بمشكك حتى يحكم بانه ذكر أو أنثى بلا حاجة الى قول نفسه بل يجوز أن لا يعلم انه مشكل أم لا بان لا يعلم ظهوراحدى العلامات ولا عدم ظهورها خنثى تتحقق الحاجة الى قول نفسه وهو مسألة الكتاب هنا ومحل التعليل بقوله لانه أعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والعجب منه أنه بعد أن حسب معنى المقام ما يتبين عليه نظره كيف أورد النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهي أحق بوروده عليها على مدار فهمه معنى المقام بأن يقال لا معنى لهذه المسئلة لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك فانه معنى قول المصنف وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله (قوله الا أن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا) قال في العناية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لأن المال ابتداء لا يجب بالذكور لأن نصيب الانثى ان قدرناه ذكرًا خنثى يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى أقول فيه نوع اختلال لان تفسيره مراد المصنف بقوله يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن الخ يقتضى أن يكون قول المصنف الا أن يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن به قصر عليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان فيخالف هذا قوله في أول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به تدبر

والام الثلث والخنثى النصف والمسئلة من ستة وتقول الى ثمانية وان قدرناه ذكرًا كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو أقل فقدرناه ذكرًا واذا ترك امرأه وأخوين لام واختالاب وأم هي خنثى للمرأة الربع ولبنى الاخياض الثلث فان قدرنا الخنثى أنثى تركت النصف تكون المسئلة من اثني عشر وتقول الى ثلاثة عشر لها ستة من ثلاث عشر وان قدرناه ذكرًا كان له خمسة من اثني عشر وهو أقل فقدرناه ذكرًا ولو ماتت وترك زوجا واختالاب وأم وخنثى لاب كان للزوج النصف وللأخت لاب وأم النصف ولا شيء للخنثى وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله أقل النصيبين أسوأ الحالين وهو

مذهب عامة الصحابة فان قيل اذا كان الخنثى بمن يتوهم استبانة أمره في المآل كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف في الكتاب قلت كانه أشار الى ذلك في أول البحث بقوله وهو أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين غير ذلك يشير الى أن الثلثين في تلك المسئلة تدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك أكثرهم لان سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقص من ذلك لما راجع الى الغير وحيث جعلنا الخنثى أنثى ما راجع الى الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحقا له وهل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف أن القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيل في قول أبي حنيفة وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في أخذ الكفيل

(قوله استثناء من قوله وهو ميراث الانثى) أقول ينبغي أن يكون استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن لان المراد المتيقن المعهود وهو ميراث الانثى وانما قلنا ينبغي أن يكون الخ لانه أقرب وأبعد عن التكلف فتأمل

منه ههنا عندهم جميعا وانما يجوز ان يحوز انما خفية هناك للجهول وههنا انما يأخذ الكفيل بالعلوم وهو طر يق مستقيم يصون به القاضي قضاءه ويظهر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فباخذ من الابن كفيه لاذلك فان تبين أن الخنثى ذكر استرد ذلك من أخيه وان تبين أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس الى أن تبين أمره لان المستحق لهذا السدس منهم مجهول فوقف الى أن تبين (٥١١) المستحق كافي الحمل والمقبود والله اعلم

مسائل شتى

قال (واذا قرئ على الآخر كتاب وصيته فقبل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان المحوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصل والعارض كالوحي والموثق من الاهل في حق الذكاة والفرق لا يهاين سائر جهنم الله أن الإشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الآخر دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة فالواحد بمنزلة الآخر ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الآخر فلا تفريط منه ولان العارضى على شرف الزوال دون الاصل فلا ينفاسان وفي الأبدية عرفناه بالنص قال (واذا كان الآخر يكتب كتابا أو يسمي ايماء يعرف به فانه يجوز فكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشرائه ويقتض له ومنه ولا يحد ولا يحد له) أما الكتابة فلا نهان في نأي بمنزلة الخطاب بمن دنا ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة ونارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الآخر أظهر والزعم

مسائل شتى

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذذ كره في الابواب السالفة من المسائل استندرا كالفائت ويرجعون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل منشورة فعمل المصنف ههنا أيضا كذلك جرى على عادتهم (قوله واذا قرئ على الآخر كتاب وصيته فقبل له أنشهد عليك بما في الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز) قال لشرائح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار لان ما يجيء من الآخر ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون منه دلالة الإقرار بأن يحرك رأسه طولا اذا كان منه معهودا في نعم وقوله (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله (حتى لو امتد) أراد به سنة كذا ذكره القرطبي وروى عن أبي حنيفة أنه قال ان دامت العقلة الى وقت موته يجوز اقراره بالإشارة ويجوز الشهاد عليه بأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجي زواله فكان كالآخر فالواحد عليه

مسائل شتى

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذذ كره في الابواب السالفة من المسائل استندرا كالفائت ويرجعون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل منشورة فعمل المصنف ههنا أيضا كذلك جرى على عادتهم (قوله واذا قرئ على الآخر كتاب وصيته فقبل له أنشهد عليك بما في الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز) قال لشرائح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار لان ما يجيء من الآخر ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون منه دلالة الإقرار بأن يحرك رأسه طولا اذا كان ذلك معهودا منه في نعم انتهى أقول فيه نظر لانه لما فسرا الإيماء برأسه في تقرير المسئلة بقوله أي نعم تبين أن وضعها نيماء جاء منه دلالة الاقرار فلم يبق حاجة في تقرير جوابها الى قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار بل كان يكفي قوله فهو جائز كما لا يخفى (قوله ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الآخر فلا تفريط منه) أقول لا يذهب عليك أن هذا التعليل يقتضي أن لا يجوز اشارة المعتقل لسانه ولو امتد اعتقاله لان تأخير الوصية قد جاء من قبله ههنا أيضا مع أنهم قالوا هذا بمنزلة الآخر في الحكم كما صرح به المصنف فيما قبل أنفا ولعل صاحب الكافي تفتن له حيث طرح هذا التعليل من البين (قوله أما الكتابة فلا نهان في نأي بمنزلة الخطاب بمن دنا الخ) أقول فيه شئ وهو أن هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعض الآخر

الفتوى وقوله (في الأبدية عرفناه بالنص) وهو ما روى عن رافع بن خديج أن بعيرا من ابل الصدقات نذفر ما به رجل وسمى فقته فقال عليه السلام ان لها أوباء كأوباء الوحش فاذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم به ذاتم كلوه وقوله (ولا يحد) أي الآخر (اذا قذف بالإشارة والكتابة ولا يحد) اذا كان مقبوضا وقوله (وهو) أي العجز (في حق الآخر) أظهر منه في حق الغائب لان الظاهر من حال الغائب الحضور والظاهر من حال الآخر عدم زوال خروسه فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلا ينقبل في حق الآخر مع اليأس عن زوال الخرس أولى

(قوله بأن يحرك رأسه طولا) أقول من فسوق الى تحت وأما عكسه فسد دلالة الانكار

وقوله (ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا
ثلاث مراتب مستبين)
احتراز عن غير المستبين
وهو الكتاب على الهواء
واما مرسوم أى معنون أى
مصدر بالعنوان وهو أن
يكتب في صدره من فلان
الى فلان وبما ذكرنا علم
الاقسام الثلاثة والحكم
في كل منها ما ذكره وقوله
(وينتوى فيه) أى يطلب
منه النية فيه وقوله (لانه
بمنزلة صريح الكناية) أى
الكناية القولية كقوله
أنت بأتى وأمثاله وقوله
(ولا تختص بلفظ دون لفظ)
فانه كما ثبت بالعربي ثبت
بغيره (وقد ثبت بغير
لفظ) أى بفعل يدل
على القول كالتعاطى
وقوله (ويحتمل أن يكون
الجواب هنا كذلك) أى
لا يكون حجة (فيكون فيها)
أى في الاخرى والغائب
الغير الاخرى روايتان
(قال المصنف ثم الفرق
بين الحدود والقصاص الى
قوله لان القصاص فيه معنى
العوضيه لانه شرع جابرا
فجاز أن يثبت مع الشبهة
كسائر المعاوضات) أقول
وقد صرح في أوائل
الجنابيات أن الشبهة
تؤثر في سقوط
القصاص
ثم

ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا
ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الاشجار وينتوى فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلا
يدمن النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم
وأما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرى في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد
ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد ثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضا ولا حاجة الى الحدود
لانها حق الله تعالى ولانهم اتندروا بالشبهات ولعله كان مصدقا لافادف فلا يحسد للشبهة ولا يحد أيضا
بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت
ببيان فيه شبهة الا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل
الطلاق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعهد وهذا لان القصاص فيه معنى
العوضيه لانه شرع جابر فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود
الخاصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضيه فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكروا
في كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب
هنا كذلك فيكون فيه ما روايتان

بل يدل على خلافه فان المدعى أن كتابة الاخرى حجة فيما سوى الحدود وليس بحجة في الحدود وهذا
الدليل المذکور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود اذا لافارق فيه بين الحدود وما سواها بل يدل على
كونها حجة في الحدود أيضا اذا كانت مستبينه مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر
على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضا لم يكن حجة ضرورية فينبغي أن يكون حجة
في الحدود أيضا كما كان النطق حجة فيه أيضا فليست أملا في المخلص (قوله وأما الاشارة فجعلت حجة في حق
الاخرى في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد) أقول لقائل أن يقول من هذه
الاحكام المطلق على ما صرح به في وضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى لان فيه تحريم الفرج وهو
حق الله تعالى ولهذا لم تشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق كما لم تشترط في الشهادة على عتق
الامة أيضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرحوا به فاطبة وفي الكتاب أيضا في باب عتق أحد العبدین
من كتاب العتاق فان قلت ليس المطلق من حقوق الله تعالى الصرفة بل فيه حق العبد أيضا لتعلق
حق الزوجين به فجاز أن يكون مدار قول المصنف لانها من حقوق العباد على ذلك قلت مجرد تحقق حق
العبد في شيء لا يكفي في كون اشارة الاخرى حجة فيه ألا ترى أن اثارته لا تكون حجة في حق حد القذف
مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقدوف كما أن فيه حق الله تعالى بل لا بد في كون اثارته حجة
من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالقصاص
لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على ما عرف في موضعه
وكون المطلق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة
عليه بدون الدعوى فان الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد حتى ان مطالبة المقدوف بشرط
في ثبوت حد القذف وان كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عفو المقدوف ولا يجوز
الاعتياض عنه ولا يجرى الارث فيه عندنا كما مر في الحد ودفعنا ذلك لعدم اشتراط الدعوى في ثبوت
الطلاق لو كان حق العبد فيه غالبا على حق الله تعالى تفكر (قوله وهذا لان القصاص فيه معنى
العوضيه لانه شرع جابر فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود
الخاصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضيه فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة) أقول فيه
يبحث أما أولا فلان ما ذكره هنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة يخالف لما صرح به فيما مر

ويحتمل أن يكون مفارقة ذلك لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق ولا كذلك الآخر لتعذر الوصول إلى النطق للأقفة المانعة ودلت المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رجحهم الله أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة لأنه حجة ضرورية ولا ضرورة لأنه جمع ههنا بين ما يقال وأشار وأكتب وانما استويا لأن كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتابة لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا (وكذلك الذي صحت يوماً أو يومين لعارض) لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان

في عدة مواقع منها كتاب الكفالة فإنه قال فيه فلا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة لأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيناف ومنها كتاب الشهادات فإنه قال فيه ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندري بالشبهات ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندري بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فإنه قال فيه ويجوز الوكالة بالخصوص في سائر الحقوق وكذا بإفائها واستيفائها في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تدرى بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته ومنها كتاب الدعوى فإنه قال فيه في باب اليمين ومن ادعى قصاصاً على غيره فجدد استخلف بالاجماع ثم انكسر عن اليمين فيما دون النفس بلزمه القصاص وإن نكل في النفس جس حتى يخالف أو يقر وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الأرض فيه ما لان النكول أقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال ومنها كتاب الجنائيات فإنه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلاً مؤثراً في سقوط القصاص وفرع عليه كثير من مسائل سقوط القصاص بتحقيق نوع من الشبهة في كل واحد منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب وأما نافي فلا يقد الخالصة في قوله أما الحدود والخالصة لله تعالى فشرعت زواجاً مستدرجاً بل محل هنا فان حد القذف غير خالص لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضاً زاجر لا يثبت بالشبهة ولا تكون إشارة الآخر حجة فيه أيضاً كما صرح به فيما مر آنفاً فلا يتم التقريب بالنظر إليه على التقييد المزبور (قوله ودلت المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة إلى قوله لأنه جمع هنا بين ما يقال وأشار وأكتب) قال صاحب الغاية ولنساق في دعوى الجمع بينهما من أنظر لأنه قال في الجامع الصغير وإذا كان الآخر يكتب أو يروي كلمة أو لاحد الشئتين لا للجمع على أنه قول قال في الأصل وإن كان الآخر لا يكتب وكانت له إشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعته فهو جائز فيعلم من إشارة رواية الأصل أن الإشارة من الآخر لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لأنه بين حكم إشارة الآخر بشرط أن يكتب فافهم إلى هنا لفظه أقول نظره ساقط جداً إذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما الجمع بينهما في كل مادة من مواد اعلام الآخر بل مراده الجمع بينهما في جوار اعلام الآخر من رده بأي واحد منهما ولا شك في دلالة كلمة أو على هذا المعنى لأنها لاحد الأمرين بلا تعيين فاذا أتى الآخر بأي واحد منهما على انفراد يتحقق الاتيان باحد الأمرين ويجوز ذلك بحسب الشرع أي يقبل ويعمل به بموجب قول محمد في جواب هذه المسئلة فهو جائز وأما علاوة التي ذكرها بقوله على أنا نقول الخ فليست بشئ أيضاً لأن مراد المصنف دلالة مسألة الجامع الصغير على استواء الإشارة والكتابة من الآخر ومعنى قوله لأنه جمع ههنا بين ما أنه جمع في الجامع الصغير بينهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال

وقوله (لأنه) أي الإشارة على تأويل المذكور وقوله (لأنه) أي محمداً (جمع هنا) أي في الكتاب (بينهما) بقوله يكتب كتاباً أو يروي إيماء وقوله (وفي الكتابة) زيادة بيان لم يوجد في الإشارة (لأن فضل البيان في الكتابة معلوم حساً وعياناً حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الإشارة) فان فيها نوع إبهام (وفي الإشارة) زيادة أثر لم يوجد في الكتابة (لأنه) أي الإشارة (أقرب إلى النطق من آثار الأقلام) لأن العلم بالكتابة انما يحصل بآثار الأقلام وهي منفصلة عن آثار المتكلم وأما العلم بالحاصل بالإشارة فخالص بجهل متصل بالمتكلم وهو إشارته بيده أو رأسه والمتصل بالمتكلم أقرب إليه من المنفصل عنه فكان أولى بالاعتبار وقوله (وكذا الذي صحت يوماً أو يومين) عطف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه أي لا يجوز أقراره بأن أو ما برأسه أي نعم أو كتب

قال (واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها أو كل وان كانت الميتة أكثر أو كان نصفين لم يأكل) وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة فيجوز له تناول جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتى تحتل أن تكون ذكبة أولى غير أنه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكبة في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة أكثر لان التحرى دليل ضرورى فلا يصر اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح تناول اعتمادا على الغالب وهذا

في شرح قوله لانه جمع هنا بين ما أى جمع في الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة ولا ريب أن هذا لاني في اشارة مسألة الاصل الى أن اشارة الاخرى لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الامر أن يكون في المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير فان قلت فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة فان ما ذهب اليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الاصل فخاصة في نسبة التوهم اليهم قلت مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة أصلاً أى في رواية ما ولاك أن تقول يجوز أن يكون نسبة التوهم اليهم بالنظر الى الدراية دون الرواية تأمل (قوله واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها أو كل وان كانت الميتة أكثر أو كان نصفين لم يأكل) قال في العناية أخذ من النهاية طوبى بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلى في الذى يقع تحرى به أنه طاهر فقد يجوز التحرى هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكبة والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلى في بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهراً يصلى فيه ولا يصلى عرياناً بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس يبقين فلا يجوز التحرى حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا شبهة شئ ولا الجواب عندي أما الاول فلان تجوز التحرى فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار بان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وأما في جميع ذلك فلا تنوجه المماثلة بالفرق بين المسائلتين رأساً لظهور اختلاف حكمى حالتى الاختيار والاضطرار قطعاً وأما الثانى فلان ما ذكره لا يقتضى كون حكم الثياب أخف من حكم غيرهما لان جواز الصلاة في بعض الثياب عند كونها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة اذا ذاك انما هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلاة فيها او كون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تقدمت فحينئذ ثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرهما مطلقاً حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين نيتك المستثنين

وقوله (واذا كانت الغنم مذبوحة الخ) ظاهر وطوبى بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلى في الذى يقع تحرى به أنه طاهر فقد يجوز التحرى هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكبة والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلى في بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهراً يصلى فيه ولا يصلى عرياناً بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس يبقين فلا يجوز التحرى حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا شبهة شئ ولا الجواب عندي أما الاول فلان تجوز التحرى فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار بان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وأما في جميع ذلك فلا تنوجه المماثلة بالفرق بين المسائلتين رأساً لظهور اختلاف حكمى حالتى الاختيار والاضطرار قطعاً وأما الثانى فلان ما ذكره لا يقتضى كون حكم الثياب أخف من حكم غيرهما لان جواز الصلاة في بعض الثياب عند كونها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة اذا ذاك انما هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلاة فيها او كون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تقدمت فحينئذ ثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرهما مطلقاً حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين نيتك المستثنين

لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه

فسقط اعتبار مدفع الحرج كقليل التجاسة وقليل

الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين

أو كانت الميتة أغلب لانه لا ضرورة

فيه والله أعلم بالصواب واليه

الرجع والمآب

تم

كلها نجسة كان له أن يصلي
في بعضها ثم لا يعيد صلاته
لانه مضطر الى الصلاة فيها
بخلاف ما نحن فيه من الغنم
ويؤيده أن الرجل اذا لم
يكن معه الاثوب نجس فان
كان ثلاثة أرباعه نجسا
وربعه طاهر يصلي فيه
ولا يصلي عربا بالاجماع
فلما جازت صلاته فيه وهو
نجس يقيم فلا أن يجوز
بالقصر حالة الاشتباه
أولى والله سبحانه
وتعالى
أعلم

(قال مؤلف الكتاب رحمه الله) هذا آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهداياه

ألفقه مع توزع الخاطر ونشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته

نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار لاشتماله على ثلاثة آلاف من

النصرفات التي لم يسبقني اليها أحد من الثقات ذلك فضل الله يؤتيه

من يشاء فله الحمد والمنة وله الكبرياء ربنا آتينا في الدنيا حسنة

وفي الآخرة حسنة وقننا عذاب النار ربنا فاغفر

لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا

وتوفنا مع الأبرار وصلى الله

على سيدنا محمد وعلى

آله وصحبه

والانصار

تم

﴿ يقول المتوسل بجاء المصطفى الفقيه الى الله تعالى محمود مصطفى خادم
التصحيح بدار الطباعة العامرة ببولاق مصر القاهرة ﴾

الحمد لله الذي وفقه في دينه من أهل الهداية من أراد به خيرا ولخطه بعين العناية وأجل له من
فضله مثوبة وأجرا والصلاة والسلام على أشرف الخلائق أفضل من بين الحق وأوضح
الطرائق سيدنا محمد الذي فتح له القدير من الممدن والقري والبوادي كل عسير وعلى آله
وأصحابه الباذلين مجههم في نصرته المتسكين بنهجه وسيرته وعلى التابعين لهم سيما المجتهدين
الذين أسسوا الدين وأصلوا قواعده وشيدوا مبانيه وعقلوا شوارده (أما بعد) فقد تم طبع
الكتب الجليلة الشأن الواضحة المنار المشيدة الأركان الجامعة غرر الأحكام الشرعية
والمباحث الدينية الفقهية على مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة النعمان رحمه الله وجعل
مقلبه فسح الجنان وهي الهداية وشروحها التي تسر بتحقيقها ذوى الالباب وتسلك
بقارئها سبيل الصواب أسبغ الله على مؤلفها غيث احسانه وأفاض عليهم شآبيب رضوانه
وكان طبعها على ذمة كل من الفاضل الفطن النبيل جناب محمد بيك عبد الواحد الطوبى
المحترم المكرم السيد ابراهيم أخيه التاجر في الكتب العربية بمصر القاهرة المعزية
لازالا ظافرا بالاماني رافلين في حلل التاني في ظل الحضرة الفخيمة الخديوية وعهد
الطلعة المهيبة البهية من أفاض على رعيته غيث الانعام وشملهم بنظر الرأفة والاكرام
المحفوظ بالسبع الثاني أفندي ناعباس باشا حلي الثاني لازال مسرورا للفؤاد بولي عهده شمس
سماء مجده وسعده مطوظا هذا الطبع الباهي والروني الجليل الزاهي بنظر
من عليه جيل أخلاقه بنى حضرة وكيل المطبعة محمد بك حسنى وكان
تمام طبعه وانجلاء بده وكال ينعه بالمطبعة العامرة ببولاق
الطائري صيتها في سائر الأفاق في أوائل شهر رمضان من عام
ثمانية عشر بعد ثلثمائة وألف من هجرة من خلقه الله
على أكل وصف عليه أفضل الصلاة
وآتم السلام ملاح بدر تمام وفاح
مسك ختام
نم

﴿ وقرظه مؤرخا لتمام طبعه حضرة صديقنا الفاضل الكامل الاديب الارب
الشيخ طه محمود أحد فضلاء المحققين فقال ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله الذي خص بعميد العناية من فقههم في الدين وجعل بأيديهم
فتح أبواب الهداية للمستفيدين المستفيدين والصلاة والسلام على أبي ابراهيم المبعوث به آية
ابراهيم سيدنا محمد المؤيد من الذكر الحكيم بما فيه الكفاية للقلب العليم والفهم السليم
وعلى آله وصحبه الباذلين نفوسهم في حبه (أما بعد) فان من حسنات الدهر ومحاسن هذا
العصر تسهيل السبيل الى طبع هذا المطبوع الجليل الذي هو أحق مطبوع بأن تشذبه

الرجال وأحسن مجموع تنتهي بتحصيله الآمال وكيف لا ومارأينا ولا نرى مثله ولا ما يقاربه في الجملة أكرم به مجموعا مفردا وكتبا جاء بالبينات والهدى جمع من الكتب المعقول عليها والاصول المرجوع اليها في مذهب هذا الامام العظيم أي حنيفة النعمان بؤاء الله دار النعيم ما يغني الفقيه عن ملء الخزان وشحن السفائن وما يكون للفتى ضياء اذا أشكلت المسائل وللقاضي شفاء اذا أعضلت النوازل

فدع كل صوت دون صوتي فاني * أنا الصالح المحكي والآخر الصدى فهو لعمر الله البغية المقصودة والصلاة المنشودة التي طامعت على الطلاب وكانت أبعد من الشرباء على أولى الالباب أليس هو الكتاب الذي أيد الفروع بالاصول وعزز المنقول بالمعقول وبسط من تحقيق المذاهب ما أتاح المواهب وأزاح الغياهب فليس قاصر المزيه على السادة الحنفية بل يهدفه غير الحنفية مطلبهم وقد علم كل أناس مشربهم وبالجملة فهو المطبوع الذي عظمته به النعمة وكان أعدل شاهد لمن سعى في طبعه بعلاوهمه وصدق القصد في نفع الامه وهو حضرة الهمام الكريم السيد عبد الواحد بك الطوبى وشقيقه السيد ابراهيم لازالت مقاصدهما باناجحه ونجارتهم اراجحه ولما تم طبعه انطلق لسان الحال بقرظه مؤرخا فقال

للسق أنصار أقاموا قاعده دين النبي بهم رفيع القاعده جعلوا كتاب الله نصب عيونهم وقفوا مصادره هديه وموارده وقضوا به حتى قضوا فأفادهم لعزازهم للشرع أعظم فائده حاطوا الشريعة بالبراهين التي أضحت بهار يج الضلالة را كده لا تغتر بروج أحكام الهوى فرواجها عند العقول الكاسنه أنرى النبي أنى بشرع ناقص والله أكمله بنص المائده فاسلم بدينك وارض بالحكم الذي شرع الاله ولا تغار معانده أرايت مثل الشافعي ومالك وأبي حنيفة والسراء الماجده عملا واخلاصا وبذل نصيحة للدار تبقي لالدار بائنه وقفوا حياتهم على إحيائهم للناس أعلام الهدى ومعاهده صلح الزمان بهم فكافوا معلمه ومضوا فن العيش يصلح فاسده نالته ما ماوا وذى آثارهم ضمنت لهم طيب الحياة الخالده أوليس من آثارهم فتح به نلت الهداية بعد اذهى آبه إن الهداية لهي خير مؤلف في الفقه لبنت الصلاب الجامده وشروحهما شرحت ضد ورأى النهى لاسم الفتح الجزيل العائده فاشكر يد ايجميل طبع ساعدت ما كل كف بالجمل مساعده واحمد إلهك أن هذا مؤرخا فتح القدير به الهداية رائده

٤٨٨ ٢٤٥ ٧ ٤٥١ ٢٧

١٢١٨ هـ

كتبه الفقير اليه سجدانه
طه محمود بالطبعة
الاميريه

(فهرست الجزء الثامن من تكملة فتح القدير)

صفحة	كتاب القسمة	صفحة
٢٢٠ باب الرهن يوضع على يد العدل	٢ فصل فيما يقسم وما لا يقسم	٢٢٠
٢٢٤ باب التصرف في الرهن والجنابة عليه الخ	١٤ فصل في كيفية القسمة	٢٢٤
٢٣٨ فصل ومن رهن عصيرا الخ	٢٠ باب دعوى الغلط في القسمة الخ	٢٣٨
٢٤٤ كتاب الجنابات	٢٣ فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهما	٢٤٤
٢٥٤ باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه	بعينه	٢٥٤
٢٦٨ فصل ومن شمر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه	٢٧ فصل في المهايأة	٢٦٨
٢٧٠ باب القصاص فيما دون النفس	٣٢ كتاب المزارعة	٢٧٠
٢٨٢ فصل في حكم الثقلين	٤٥ كتاب المساقاة	٢٨٢
٢٩٢ باب الشهادة في القتل	٥٠ كتاب الذبائح	٢٩٢
٢٩٧ باب في اعتبار حالة القتل	٦١ فصل فيما يحل أكله وما لا يحل	٢٩٧
٣٠٠ كتاب الديات	٦٥ كتاب الاضحية	٣٠٠
٣٠٧ فصل فيما دون النفس	٧٩ كتاب الكراهية	٣٠٧
٣١١ فصل في الشجاج	٨٠ فصل في الاكل والشرب	٣١١
٣١٥ فصل في الاطراف دون الرأس	٩١ فصل في اللبس	٣١٥
٣٢٤ فصل في الجنين	٩٧ فصل في الوطء والنظر واللمس	٣٢٤
٣٣٠ باب ما يحدث الرجل في الطريق	١١٠ فصل في الاستبراء وغيره	٣٣٠
٣٤١ فصل في الحائض المائل	١٢٢ فصل في البيع	٣٤١
٣٤٤ باب جنابة البهيمية والجنابة عليها	١٣٠ مسائل متفرقة	٣٤٤
٣٥٥ باب جنابة المملوك والجنابة عليه	١٣٥ كتاب احياء الموات	٣٥٥
٣٦٨ فصل في الجنابة على العبد	١٤٤ فصول في مسائل الشرب	٣٦٨
٣٧٦ فصل في جنابة المدبر وأم الولد	١٤٦ فصل في كرى الانهار	٣٧٦
٣٧٨ باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك	١٥١ كتاب الاشربة	٣٧٨
٣٨٣ باب القسامة	١٦٧ فصل في طبخ العصير	٣٨٣
٤٠٢ كتاب المعاقل	١٦٩ كتاب الصيد	٤٠٢
٤١٥ كتاب الوصايا	١٧١ فصل في الجوارح	٤١٥
٤١٧ باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه	١٨١ فصل في الرمي	٤١٧
٤٤١ باب الوصية بثلاث المال	١٨٨ كتاب الرهن	٤٤١
٤٦٠ فصل في اعتبار حالة الوصية الخ	٢٠٣ باب ما يجوز ارضعته والارتهان به الخ	٤٦٠
	٢١٦ فصل ومن رهن عبداً ألف الخ	٢٠٣

صفحة		صفحة	
٤٨٩	باب الوصي وما عليه	٤٦١	باب العتق في مرض الموت
٥٠١	فصل في الشهادة	٤٦٧	فصل ومن أوصى بوصايا بالخ
٥٠٤	كتاب الخنثى * فصل في بيانه	٤٧١	باب الوصية للأقارب وغيرهم
٥٠٥	فصل في أحكامه	٤٨٠	باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة
٥١١	مسائل شتى	٤٨٥	باب وصية الذمي

﴿ تمت ﴾